SELECTÆ JURIS DISSERTATIONES.

Circa

EDICTA PRÆTORUM.

AUTHORE

COMITE

FRANCISCO SOLANES,

Olim in Patrio Barcinonenſi Gymnaſio Primario

LEGUM PROFESSORE,

Deinde

In ſupremo ſacro Capuanæ Conſilio fideliſſimi Regni Neapolis

CONSILIARIO,

Poſtea

In ſupremo ejusdem Concilio Collaterali Cancellariam Regente, ex hinc Regni Siciliæ Conſultore, & nunc in Inclyto, Regio, ſupremo, Hiſpanico Concilio Aulico Viennenſi

REGENTE.



Viennæ Auſtriæ, Typis Mariæ Thereſiæ Voigtin Viduæ, Univ. Typogr. M. DCC. XXX.

FRANCISCUS ANTONIUS
SPADA.
Sacerdos, S. Theologiæ, & U. J. D.
Benevolo Lectori.
S. P. D.


On modicam in Literaria Republica laudem sibi promæreri fateberis (O Candide Lector) illos, qui Authorum opera publicæ utilitati proficua in privatis Bibliothecis inedita, & sepulta obdormire non permittunt. Post varia Tribunalia, & Concilia utriusque Siciliæ Regni peragrata tandem noster Author ab Augustissimo nostro Austriaco Monarcha (quem DEus per multa sæcula incolumen servet) in Inclyto, Regio, Supremo Aulico, Hispanico Concilio allectus pervenit: Ei meum obsequium semper professus, ejusque celeberrima Politica opera Hispano Idiomate in tria volumina Barcinone excussa admiratione pervolvens, aliquod si forte Jurisprudentiæ opus contexuisset, edendum desideravi: Eum rogavi, & obsecratus fui, benigne desiderio annuit. Opus istud indigestum varia eruditione illustravit, & tandem Mihi Typis evulgandum concessit. Hoc igitur ne publico beneficio privatus, Benevole Lector, remaneres, perhilaris evulgationi incubui securus quod studium meum tibi non displicebit.

Errores ex Prelo emanatos parce: Eos sæpesæpius evitare impossibile evenit, Vale.



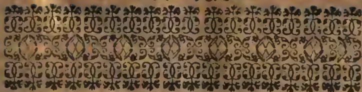
Cenſura.

CUm adjacentes ſelectæ Juris Diſſertationes circa Edicta Prætorum Anno præterito pro Cenſurâ in ſcriptura vix legibili mihi porrectæ forent, conventum fuit, ut Dominus Author illas ſuo periculo imprimi curaret,& impreſſas pro Reviſione & Cenſura remitteret; quo facto legi & perlegi præfatas Juris Diſceptationes, nihilque reperi, quod ulteriorem illarum Impreſſionem impedire poſſet, verùm illas eruditione plenas & Typo dignas eſſe cenſeo. Die 8. Julij 1730.

ADAMUS NETTEKOVEN,
U. J. Doctor, Excelſi Inferioris Auſtriæ Regiminis Conſiliarius, & Facultatis Juridicæ Ex-Decanus.

Imprimatur.

PHILIPPUS RITTER,
de Redderſthaal, Ex-Rector.



DISSERTATIO I.

Exponitur Origo Juris; declarantur Prætorum Edicta ad expositionem tex. in §. Prætorum quoque Edicta, Inst. de Jure naturali, Gentium & Civili, *& Papiniani in* leg. Jus autem 7. §. Jus Præotrium 1. ff. de justitia & Jure.

1. *Origo, situs, & laudes Urbis Romanæ.*

2. *Romulus Primus Rex Romanorum Civitatem Romanam ædificavit.*

3. *Remus à Romulo occisus.*

4. *Romulus primus Romanis leges dedit.*

5. *Romulus laudatur.*

6. *Populus Israël in 12. Tribus divisus.*

7. *Edictum Cæsaris Augusti.*

8. *Quies & tranquillitas Reip. in legibus consistit.*

9. *Deus Opt. Max. supremus Legislator.*

10. *Leges condere est de Jure Divino.*

11. *Ea, quæ sunt de Jure Naturali & Divino, non possunt per Principem, nec statutum tolli.*

12. *Princeps non potest facere quod Resp. omnino sine legibus gubernetur.*

13. *Raymundus Berengarius Primus Comes Barcinonæ Primus Legislator nostri Principatus laudatur.*

14. *Enucleatur tex in Can.* Moyses 1. dist. 7.

15. *Numa Pompilius propter suam scientiam, & Pietatem ex Sabinis fuit electus Rex. Rom.*

16. *Intentum Authoris in hoc Capite.*

17. *Progressus Juris Civilis Romanorum.*

50. *Explicatur tex.* in Leg. 1. ff. de Orig. Juris & text. in Cap. 1. Dist. 7.

51. *Cur Romani petierunt Leges ab Atheniensibus.*

52. *Explicatur Ovidius lib. 6. Metamorph. in principio.*

53. *Juxtà Politicam unus Populus, si videt sibi oportere, debet accipere leges, Consvetudines & statuta alterius.*

54. *Ratio introductiva Contractuum & Commerciorum.*

55. *Homerus per Orbem peregrinatus causa discendi mores & statuta Nationum.*

56. *Celebre dictum Laurentii Gratiani.*

57. *Decem Viri à populo Romano electi tradiderunt leges Romanis in* 10. *tab. æreu.*

58. *Romani leges latas in* 12. *tabulis æreis scriptas in rostris Curiæ hostiliæ fixerunt.*

59. *Athenienses, & Minos primus Cretensium legislator leges in tabulis æreis scribebant.*

60. *Cur Leges in tabulis æreis scribebantur.*

61. *Interpretatio Prudentum ad. Leg.* 12. *Tab.*

62. *Princeps, nec per Statutum potest facere, quod leges non interpretentur.*

63. *Eviscer atur tex. in* §. Responsa Prudentum 10. Inst. de Jure nat. Gen. & Civil.

64. *Solus Princeps potest dare potestatem interpretandi leges.*

65. *Responsa Prudentum sunt Jus civile scriptum.*

66. *Multis nominibus nominantur responsa Prudentûm.*

67. *Quid intelligatur his nominibus,* vetustas, antiquitas, media Juris prudentia.

68. *Prudentes de jure respondendo, Jus condebant.*

69. *Antiqui Prudentes non poterant jus supplere.*

70. *Argumenta contrà.* §. Responsa Prudentum 8. de Jur. Nat. Gent. & Civili.

71. *Leges condere est actus Juris dictionis.*

72. *Jus debet esse de sua natura certum.*

73. *Diversæ fuerunt scholæ Juris Cons.*

74. *Explicatur Cons.* in l. 2. §. 5. *vers.* hæc disputatatio ff. de Orig. Juris.

75. *Differentia inter Jus sine scripto, & Jus non scriptum.*

76. *Notantur Verba Justiniani in* §. Sinè scripto

107. *Du-*

107. *Duplex differentia Juris civilis Romanor.*

108. *Causæ peregrinorum & extraneorum sunt Summariæ.*

109. *Deportatus non est capax actionum directarum.*

110. *Enodatur tex. in* leg. Si mandavero 22. §.is cujus 5. ff. mandati, *&* l. 14. §. ultimo ff. de interd. & Releg.

111. *Deportatus est incapax Juris civilis, & pro mortuo habetur.*

112. *Bona nedum acquisita à deportato ante deportationem, sed etiam acquisita post, confiscantur & publicantur.*

113. *Observatur Anthinomia inter* legem 22.§. Si cujus ff. Mandati, *in finalibus verbis, & leg.* 2. Cod. de bonis proscriptorum.

114. *In publicis delictis contra servos datur actio Criminalis.*

115. *Politica maxima est, quòd delicta non maneant impunita.*

116. *Expositio ad* §. Lex est 4. Inst. de Jur. Nat. gentium & civili.

117. *Hoc Nomen,* lex, *variis modis sumitur.*

118. *Ethimologia legis.*

119. *Quid sit Populus?*

120. *Legis definitio.*

121. *Ethimologia Juris.*

122. *Juris definitio.*

123. *Forma & modus, quò Populus Romanus condebat leges.*

124. *Kalata Comitia quid sint?*

125. *Quid erat Interregnum Romanorum?*

126. *Politica melior est, Regna per successionem sanguinis, & hæreditariam deferri, quàm per electionem.*

127, *Judicium Horatii.*

128. *Servius Tullius Populum Romanum in Classes divisit.*

129. *Populus Romanus in Tribus divisus.*

130. *Modus congregandi Comitia.*

131 *Explicatur testamentum Kalatis Comitiis.*

132. *Adrogationis antiqua formula.*

133. *Ritus antiquus consecrandi res.*

134. *Solemnitas & ritus condendi leges.*

135. *Modus condendi leges in Cathalonia.*

136. *Alia definitio legis adducta à Papiniano* in L. 1. ff. de legibus.

Senatûs Consultum Inst. de Jure Nat. gent. & Civili.

171. *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet.*

172. *Orationes Imperatorum in Senatu.*

173. *Ponderatur tex. in Can.* Senatus Consultum 3. dist. 2.

174. *Explicatur lex.* non ambigitur 9. ff. de legibus.

175. *Qui essent Centum viri apud Romanos remissivè.*

176. *Reprobatur Arnoldus Vinnius in* §. sed censent Inst. de Jur. Nat. gent. & civili.

177. *Observatur Trebonianismus in* §. Prætorum quoque edicta de Jur. nat. Gent. & civili.

178. *Authores qui tractant de Magistratibus Romanorum remissivè.*

179. *Origo Prætorum.*

180. *Prætoris Ethimologia.*

181. *Quid erant fasces consulares.*

182. *Milites Prætoriani qui dicebantur?*

183. *Laudatur Politicus ex antiquissimis usus Protectorum, seu custodum Regum,*

184. *Acceptiones bujus nominis, Prætor.*

185. *Explicatur Prætor peregrinus.*

186. *Augetur in Urbe Romana Numerus Prætorum.*

187. *Prætor fidei commissarius enucleatur.*

188. *Prætura Magistratus annuus.*

189. *Utrùm Reipublicæ utilius sit habere Magistratus annuos, quàm perpetuos, vel è contra.*

190. *Adducuntur rationes suadentes temporalitatem Magistratuum.*

191. *Conciliantur opiniones Politicorum.*

192. *Actiones Prætoriæ annales, & temporales.*

193. *Explicatur* Princ. tit. Inst. de perp. & tempor. Actionibus.

194. *Fortissima ratio dubitandi contrà.* d. prin. tit. proponitur.

195. *Dissolvitur dicta ratio dubitandi.*

196. *Explicatur nova constitutio Justiniani* in prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.

197. *Ratio decisiva dictæ constitutionis.*

198. *Proponuntur objectiones contra Constitutionem.*

199. *Pa-*



Urbs



I.

URbs illa Romana, Politicæ ærarium, Belli fulmen, totius Orbis olim Caput, & Regina, nunc verò totius Catholicæ Ecclesiæ ex ore Christi D. N. Primatiam obtinens, *Can. 3. dist. 21.* Quæ, ut ait Virgilius *Eglog. 1.*

— Inter alias tantum Caput extulit Urbes,
Quantum lenta solent inter Viburna Cupressi.

Condita fuit in amœno Paradiso Italiæ circa Tybridis undas, si Poëtis credimus, quorum non modica in Jure veneratur autoritas, §. 2. *Inst. de empt. & vendit.* §. 1. *Inst. ad Legem Aquiliam*, ut sic canit Virgilius Æneidos *Lib. 1.* Ovidius *lib. 15. methamor.*

Nunc quoque Dardaniam, fama est, consurgere Romam,
Appenninigenæ, quæ proxima Tybridis undis.

Cujus & ejus civium tanta fuit, & pacis & belli tempore fama, ut sacer Legislator refert *Lib. 1. Machab. Cap. 8.* quod Judas Machabæus Dux Judæorum auditis Elogiis, & nomine Romanorum, Pacem & Fœdus cun Romanis iniverit. Plura illius elogia adducunt Titus Livius, Valerius Maximus, Dionysius Halicarnassæus, Joannes Rosinus *De antiquitatibus Roman;* Julius Cæsar Bulengerus *de Imp. Rom.* Hanc Urbem Romanam (quæ per Anthonomasiam Urbs dicitur, *Princ. tit. Inst. de Attiliano tutore* §. 2. *Inst. de Jure natural. Gent. & Civili*) erexit, & muris vallavit Romulus cum Fratre Remo, Ovidius *Lib. 14. Metham.* ut sic sentiunt Lactantius, & 2

Raphaël Sup. *d. lib.* 14. *Methamor.* Romulus enim fuit Primus Rex Romanorum, *Can.* 1. *dist.* 7. à quo Romani tanquam à primo Rege nominati fuerunt,
3 §. 2. *Inst. de Jure Nat. Gent. & Civili.* Urbe conditâ Romulus fratrem suum Remum, aut propter aviditatem solus regnandi, aut propter murorum transgressionem occidere fecit. *Leg. fin. ff. de rer. division.* Lucanus *lib.* 1.

Nulla fides Regni Sociis, omnisque potestas
Impatiens consortis erit.

Et posteà:

Fraternò priùs maduerunt sanguine Muri.

4 Romulus igitur, ut sequar Proëmium *Consf. in lege* 2. *ff. de Origine Juris*, primus Romano Populo leges dedit, & jura condidit. In cunabulis enim nascentis Civitatis Romanæ Populus sinè certo Jure, sinè certa lege vivebat, *Leg.* 2. §. 1. *ff. de Origine Juris*, omniaque manu regis gerebantur; Solùm igitur dabantur actiones in rudi & informi materia, ùt aliis citatis sic videtur sentire noster Antonius Olliba *de actio. Cap.* 1. *in fine*, usque dum Romulus videns multùm auctam Civitatem, illam in 30. partes divisit, quas partes Curias nominavit, *Leg.* 1. §. 2. *ff. de Orig. Juris*, & ibi Gothofredus, Othmannus *Lib.* 4. *obser. Cap.* 33. & *lib.* 2. *Antiq. Cap.* 2. & 12. Vinnius ex Cicerone, Livio, & Halicarnassæo in §. 1. *Inst. de Testam. n.* 1. & quasdam Leges placito, consensuque Populi tulit, quas leges Curiatas appellavit, Cicero *Lib.* 1. *de Repub.* Senec, *epistola* 19, *Leg.* 1. §. 2. *ff. de Orig. Juris*, & ibi Gothofredus *lit. n.*

5 Bene, & tanquam Optimus, & Politicus Princeps in hoc se gessit Romulus; nàm cum multitudo non divisa pariat confusionem, optimæ Politicæ consonum est, quòd populus multum abundans in suos Ordines dividatur: Hâc enim formâ cogno-

cognoſcitur, quot homines, & Capita dentur in Republica; ſic cognoſcitur numerus perſonarum ad rempublicam defendendam: Hoc juſſit Deus Opt. 6
Max. Moyſi, populi Iſraël Duci *Lib. numer. Cap.* 1. quòd ſcilicet Populum Iſraël in duodecim Tribus divideret. Hanc Politicam attendens Imp. Cæſar 7
Auguſtus illùd celebre edictum promulgavit, *Lucæ. Cap.* 1. *Exiit edictum à Cæſare Augusto, ut deſcriberetur universus Orbis.* Quàm optimè igitur fecit Romulus, populum in Curias dividendo! fecitque ſequens politica Romana, quæ posteà Cenſores Magiſtratûs creavit, ut totum populum deſcriberet in Cenſu, & à ſingulis Perſonis Cenſum, ſeu Tributum exigeret! ùt refert Conſultus. *in leg.* 1. §. 17. *ff. de Orig. Juris.*

Cùm etiam quies & tranquillitas Reip. in ob- 8
ſervantia Legum conſiſtat, *D. Ludovicus de Paguera* in *Tract. Crim. cap.* 7. *an.* 1. pluribus D. Joannes Solorſanus *embl.* 66. & tota ſalus Civitatis in legibus ſit, Ariſtoteles *lib.* 1. *Rhetoric. cap.* 2. & qui leges tollunt, reſpublicas evertunt, Ariſtoteles *Lib.* 5. *de republ. cap.* 9. Civitasque legibus carens ſit corpus ſinè mente, Cicero *in Oratione pro Cluentio*, pluribus Langius in Polyanthea verbo *Lex*; & qui cuſtodit legem, beatus eſt, *Proverb. Cap.* 19. filius ſapiens, *Prover. cap.* 28. *Verſ.* 7; hac ſimili de Cauſa Politicus Romulus ſuam Romanam Civitatem legibus Curiatis fundavit & Magiſtratus erexit. Hæc humana legum 9
Politica à Divina Politica deſcendit. Deus Op. Max. Adamo legem impoſuit in Paradiſo, nè de ligno ſcientiæ boni & mali comederet. *Genes. Cap.* 2. juſſitque Dominus Moyſi, ùt leges populo Iſraëlitico daret, *Exod. Cap.* 20. *& ſeq.* Hoc ſecutæ exemplar omnes aliæ gentes; Phoronæus Rex Græcis leges dedit, Mercurius Triſmegiſtus primus Ægyptiis leges condidit: Solon Athenienſibus: Ly-

curgus Lacedæmoniis, D. Isidorus *Lib. 5. æthimol. cap.* 1. *Can.* 1. *Dist.* 7. & alii plures Legislatores, quos refert Solorsanus *d. Embl.* 66. *n.* 8. Et optima ratione inter *Lex* & *Rex* non datur, nisi in una littera differentia, D. Didacus de Saavedra *in suis*
10 *emblematibus Politicis emblemate regit & corrigit*; Undè descendit, quòd leges condere, à Jure Divino quantum ad Regimen descendit; quantum autem ad confirmationem, à jure Gentium secundævo. Postquàm enim ob peccatum Adami res fuerunt divisæ; termini positi: Civitates constructæ: Regna & Sceptra erecta, necessitas humana dictavit quòd
11 Leges conderentur, & cùm ea, quæ sunt de jure Divino, & naturali non possint per Principem & statutum tolli. *Clement. Pastoralis* §. *ceterùm de re judicata*, leg. *nam ità Divus ff. de adopt.* leg. *de unoquoque ff. de re judicata*, & ibi DD. Baldus in leg. *si quando Cod. de testibus*, *Soccin. Consf.* 12. *col.* 2. D. Ludovicus de Paguera *in Pract. Civili rub.* 6. *n.* 2. cum exemplari
12 nostri regii Senatus in terminis citationis: hac de causa nec Princeps, nec statutum possent facere, quòd Respublica omninò sinè legibus gubernetur; leges igitur Curiatas condendo Romulus, Populo
13 Romano perennes Polos suæ Monarchiæ statuit; quod similiter optima Politica fecit Raymundus Primus Comes Barcinonæ, qui primus Legislator nostro Principatui Cathalauniæ leges condidit circà annum 1070. ut habetur in usatic. *cum Dominus Raymundus*, Oliba *de actio. p.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 5. & optimè fecerunt nostri Reges Aragonum, qui tantas leges & Constitutiones nobis condiderunt, ùt constat ex toto volumine constitutionum Cathaloniæ apud Solorsanum *d. Embl.* 66.

14 Nec hanc gloriam condendi primò leges Romanis Romulo eripere videtur tex. in *Can. Moyses* 1. *Dist.* 7. ubi dicitur, qrod Numa Pompilius 2dus Rex

Rom.

Rom., qui Romulo in ſceptro ſucceſſit, primus leges Populo Romano condidit. Nam quamvis 15
verum ſit, quod Numa Pompilius 2dus Rex Romanorum, qui propter ſuam ſcientiam, & Pietatem ad Regnum fuit evectus, (quamvis non eſſet Romanus, ſed Sabinus. Ovid. *lib.* 15. *Metham.*) leges Romanis tulerit, *l.* 1. §. 3. *ff. de Orig. Jur*; anteà tamen Romulus Romanis condidit leges Curiatas; ſed tamen, quia Romulus paucas leges & pauca jura Populo Romano tradidit, Numa autem Pompilius docendo illum artes, & ritus ſacrificiorum, ex illo Ovidii 15. *Metham.*

Sacrificos docuit ritus, Gentémque feroci
Aſſuetam bello, Pacis traduxit ad artes.

Hac de causâ D. Iſidorus *in d. Can.* Moyſes 1. *Diſ.* 7. dixit Numam Pompilium primum Romanis leges tradidiſſe; non quia antè Romulus Curiis Romanorum Curiatas leges non condiderit; quia illas condidit Romulus, Senatores, & Magiſtratus erexit, ùt refert Titus Livius *Decad.* 1. *cap.* 5. Hæc fuit 16
primæva Origo Juris Civilis Romanorum, quod per anthonomoſiam Jus Civile dicitur §. *ſed. jus* 2. *Inſt. de jure Nat. Gen. & Civili.* de quô in præſenti Capite tractare intendo; Nunquam enim intentum fuit, tractare de Jure naturali, & Gentium, de quo Juſtinianus & Inſtitutiſtæ in tit. Inſt. *de Jur. Nat. Gent. & Civili.*

Progrediamur ad juris ætatem: Latis legibus à 17
Romulo, & à Numa, Primo & 2. Rege Romanorum, tulerunt etiam Romanis leges ſequentes Reges Rom. quales fuerunt Tullus Hoſtilius, Ancus Marcius, Priſcus Tarquinius, Servius Tallius uſque ad ſuperbum Tarquinium *Tex. in leg.* 2. §. *tulerunt* 3. *ff. de Orig. Jur.* & refert Titus Livius *decad.* 1. *lib.* 1. *cap.* 12. *& Seq.* Omnes iſtæ leges latæ ab his Re- 18
gibus

gibus Romanorum compilatæ fuerunt à Sexto Papirio Viro Romano omni celebri literatura prædito in quodam libro, qui liber dictus fuit *Jus Civile Papirianum*; non quia Papirius aliquid addendo Jura condiderit; sed quia leges sinè Ordine latas & sparsas in unum volumen composuit, ut hanc historiam refert Consultus in *leg.* 1. §. 3. *ff. de Orig. Jur.*

19 Post Sex dictos Reges Romanorum, Tarquinius ultimus Romanorum Rex, Servium Tullium occidendo, Regnum sibi eripuit, ùt narrat Livius *dec.* 1. *lib.* 1. *cap.* 19. & Superbus nominatus fuit *leg.*
20 1. §. 3. *ff. de Origine Juris.* Titus Livius *d. cap.* 19. Plinius *cap.* 36. eóque regnante, Sextus ejus filius minor Lucretiam Castam Matronam Romanam Uxorem Collatini Nobilis Viri Romani, pudicitiam attentando, violavit. Propter quam causam Lucretia non adultera, sed casta, ùt bene defendit additionator in lingua Hispana ad Titium Livium
21 *decad.* 1. *lib.* 1. *cap.* 21. gladiô se necavit, & Lucius Junius Brutus cum Collatino Reges à Civitate Romana, & familiam superbi Tarquinii expulerunt, nolueruntque Romani amplius per Reges, & Monarchiam gubernari; sed per Aristocratiam, &
22 Remp. regi maluerunt, duoque primi Consules tunc fuerunt electi, Lucius Junius Brutus, & Lucius Tarquinius Collatinus, sic Pater Romanæ historiæ Titus Livius *decad.* 1. *Lib.* 1. *cap. fin.*

23 Nunc mihi fas sit à legibus calamum suspendere, & in Politicam immittere: Rex enim & Princeps filius Regis (qui Rex etiam dicitur, & Rex futurus est, Paschalis de viribus Patriæ potest. *p.* 4. *cap.* 1. *n.* 5. D. Melchior à Valentia *Illus.* 3. *tract.* 1. *cap.* 2. *n.* 6.) bonus, & vitiis mundatus esse debet, & Justus. *cap. Proverb.* 23. *vers.* 3. non superbus, sicut Tarquinius. *Deuter, cap.* 17. *nec elevetur*

vetur Cor ejus in superbiam; debet esse sapiens *cap.* 7. *Sapient. vers.* 10. non debet esse impatiens *Prov. cap.* 14. *Vers.* 29. non hypocrita, *Job. cap.* 34. *Vers.* 30. non iracundus, sed hilaris *Prov. cap.* 19. *Vers.* 12. debet persequi malos, & impios *Prov. cap.* 20. *vers.* 8. & 26. non debet esse impius *Prov. cap.* 28. *Vers.* 15. SI enim Rex à Deo descendit, & DEI imago & speculum est. *Prov. cap.* 8. *Per me Reges regnant. Reg.* 24
lib. 1. *cap.* 10. *Cap. Solitæ de Majoritate & obedientia*, *Ludovicus de Paguera in Pract. Crim. Cap.* 2. *n.* 2. Deum imitari debet. Quâ de causa Reges *Dii* nominati sunt, Citharista Rex Psal. 81. *Vers.* 3. *Joannis cap.* 10. *vers.* 35. ut pluribus textibus sacræ Scripturæ probat Langius *in Polyanthea Novis.* verbo *Rex.*
Qualis enim est Princeps, tales sunt Vassalli; nam 25
Regis mali, mali sunt subditi, *Ludovicus Vives. In epistola ad Henricum* 8. *Regem Angliæ.* Quod & jam denotat 26
ipsum nomen *Rex*, Rex enim à rectè agendo nominatur. D. Isidorus *de Summo Bono lib.* 3. quia Rex rectè debet agere, multi enim Reges propter sua vitia, & Tyrannidem in Vassallos Sceptrum perdiderunt, & à Regno depositi fuerunt; Simile fa- 27
ctum Regis Tarquinii per multum tempus luxit nostra Hispania in Rege Roderico; propter stuprum enim, & violentiam illatam à Roderico ultimo Gothorum Rege in Florindam, vulgò, *Cavam*, filiam Comitis Juliani nefandæ memoriæ, tota Hispania à Mauris, & Saracenis per multos annos occupata fuit. *Pater Joannes Buijens in flor. histor. p.* 2. *cap. pag.* 223. *Antonius de Villaplana in Sup. Cathal. Senator in Illustr. Feud. Prœl.* 1. *n.* 27. *Mariana in sua historia lib.* 6. *cap.* 21. *Ludovicus de Paguera in Pract. cap.* 2. *n.* 13. Quanta infortunia & calamita- 28
tes passa fuit Britannia propter libidines & Voluptates Regis Henrici Octavi cum Anna Bolena, *Sanderus Ribadeneyra* in *historia Eccl. Angliæ*, Paguera *loc.*

loc. ſup. citatô n. 13. Teſtantur tres Imperatores
29 Romani Commodus, Elagabalus, Valentinianus, ut
alios omittam, propter vitia, & libidines à ſuis
Vaſſallis interfecti, *Paguera* ubi ſupra. Multa ex-
empla in ſacra pagina habemus *lib.* 1. *Regum cap. ult.*
ſicùt Saul propter ſuperbiam à ſe ipſo occiſus,
Regnum perdidit. Propter vitia & libidines Salo-
monis *Lib.* 3. *Regum cap.* 11. Regnum Iſraël & Judæ
diviſum fuit. Acab propter ſuam impietatem, ùt
refert *lib.* 3. *Reg. cap.* 21. & 22. ſagitta mortuus fuit,
ſanguiſque ejus à Canibus fuit hauſtus. Azarias
propter vitia Rex Juda leprâ percuſſus occidit. 4.
Regum cap. 15. Joachim Rex Juda. *Lib.* 4. *Reg. cap.* 24.
propter peccata ductus fuit in captivitatem Babilo-
niæ, plura alia *Paguera in Pract. Crimin. cap.* 5. Ex-
emplum igitur ſumant Reges, & Principes, ſi vo-
lunt feliciter in regno regnare; Virtutes enim ſunt
Poli Monarchiæ.

30 Malè fecit Tarquinius ſuam Monarchiam guber-
nando; pejus autem fecerunt Cives Romani Mo-
narchiam abhorrendo, Ariſtocratiam, & rempub-
licam erigendo; Tres ſunt ſpecies politicæ Guber-
31 nationis, Monarchia, Ariſtocratia, & populare
Imperium, quas ad unguem explicat Mynſinger. *in*
32 §. 6. *Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civili. n.* 5. Populare Im-
perium peſſima eſt omnium Gubernatio: Sicut
enim Vulgus vagum, incertum & inconſtans, *Virg.*
Æneid. 2.

Scinditur incertum ſtudia in contraria vulgus.

Ità ejus gubernatio inconſtans, & incerta erit;
Ariſtocratia, ſeu Reſp. ſecundum locum obtinet,
quam malefecerunt Romani Remp. erigendo! Aliud
viſum fuit Populo Iſraël, dum Regem & Mo-
33 narchiam poſtulavit. *Lib.* 1. *Regum cap.* 8. Monar-
chia enim eſt melior omnibus politica gubernatio,
ùt

ùt sic communiter Politici sentiunt, Plato *in Polit.* Aristoteles *lib.* 3. *Polit. cap.* 7. & *lib.* 5. cap. 10. Xenophon *in Pædia Cyri, Plutarchus in libello de Unius & multorum Dominatu, Seneca lib.* 2. *de beneficiis*, Cicero *lib.* 3. *de Legibus*, Volaterranus *lib.* 36. *Philologiæ tit. de Politicis*, Pontanus *lib.* 4. *de obedientia*, D. Thomas *lib.* 1. *Cap.* 1. *de Principum Regimine*, Simancas de Rep. *lib.* 1. *cap.* 2. Gregorius Tolosanus *de Rep. lib.* 5. Herodotus *lib.* 3. Dionysius Halicarnassæus *lib.* 1. Æmilius *lib.* 1. *de rebus gestis Francorum*, Homerus *Iliad.* 2. plures citans, Langius in Polyanthea verbo *Monarchia*, Saavedra *emb.* 57. & 61. Tacitus 1. *Annal.* Herburt. *lib.* 2. *Cap.* 3. Varseri *lib.* 6. *de Repub. cap.* 4. Vilaplana *in Illust. Feud. in Addit. adversum* 6. *n.* 345. aliisque citatis Amaya *lib.* 1. *obs. cap* 1. *n.* 17. novissimè P. Laurentius de Peyrinis *tom.* 2. *q.* 1. *cap.* 1. §. 1. licet contrarium teneat §. 4. *n.* 117. D. Josephus Vela. *Disert.* 4. *n.* 40. & 18. P. Franciscus dela Lactra. *in recolect. sup.* Decretal. *tit.* 2. *de electio. ad cap.* 34. *qu.* 20. *n.* 206. Rationes hujus opinionis sunt infinitæ, meliores tamen congeram. Pª. quia multitudo semper parit confusionem. Secª. quia Virtus unita fortior est virtute dispersa, Patricius *lib.* 1. *de regno tit.* 13. Tª. quia cùm tunc dentur plures supremi Magistratus, amplior patet campus ambitioni. 4ª. quia Monarchæ cùm per totam vitam Domini sint, majorem benevolentiam contrahunt cum Regno, quàm Magistratus Reipublicæ, qui sunt temporales. 5. Monarchæ rem propriam gerunt, Magistratus Reipublicæ, rem alienam: Sicque majorem illi curam, quàm isti adhibebunt. 6. quia cùm Monarchæ perpetuò regant, longa experientia regendi periti fiunt. 7. Ex parte subditorum, quia si ex ore Christi nemo potest duobus Dominis servire, quomodo Vassalli multis Dominis in Republica obedire poterunt? 8. Potestas imperandi exiguis cancellis

circumscribi debet, Plato *in Polit*; Patricius *lib.* 1. *de regno tit.* 13.

35 Hoc confirmavit Deus Opt. Max. dum *cap.* 1. *Genesis*, Unum tantùm hominem Protoparentem Adamum tanquam Monarcham totius Orbis creavit, mulierémque ei dedit, non de limo terræ, sed de costa ipsius, ut omnes ab uno tantùm Parente descenderemus, Os aureum Chrisost. *Hom.* 34. *in* 1. *ad Corinth. cap.* 13. Vilaplana *ubi Supra* 347.

36 quando Populus DEI indigebat regimine, Deus illi unum tantùm Ducem Moysem, & non plures dedit, *Exodi cap.* 4. Vilaplana *n.* 348. denotans præstantius esse unius Imperium.

37 Si supernaturalia, & naturalia inspicimus, plures simillitudines hujus veritatis inveniemus. Unus solus Deus, & una Natura Divina in tribus divinis personis de fide veneratur *lib.* 1. *Cod. de Summa Trinitate Cap.* 1. *eod. Cap.* 1. *de Summa Trinitate, & fide Catholica, in* 6. Vallensis. *in paratitl. ad d. cap.* 1. *de summ. Trinit.* Unus solus Mundus ab uno solo DEO fuit creatus *Cap.* 1. *Genes.* & ab eo solo regitur & guber-

38 natur. Unus solus Sol Mundum illuminat. Celebre circà hoc fuit Alexandri Magni responsum ad Darium, dum dixit: *Neque terram duos Soles, neque Asiam duos Reges ferre posse.* Refert Serinus *in Com.* allegatus à Langio loco suprà citato. Una sola Lunà nocti præest. *Cap.* 1. *Genes.* Una mens hominem gubernat, unaque voluntas. Unum Caput cæteris hominis partibus præcellit: Monstrum enim esset, hominem duplici vel triplici capite, ùt de Gerione fabulatur Virgilius *lib.* 6. *Æneid.* Unum Principium & Monarcha vitæ, Cor, cæteris membris domina-

39 tur, Pontanus de obedientia *lib.* 4. *Cap.* 2. Casus 3. *Polit. cap.* 7. Etiam hanc Monarchiæ commoditatem Bruta animalia solo instinctu naturali (quod in ipsis maximè prævalet. *prin. tit. Inst. de Jure Nat.* *Gen.*

Gen. & Civ.) cognoverunt: Bruta irrationalia Leonem tanquam suum Regem & Monarcham venerantur, Cervi unum Ducem eligunt, Grues unum Ducem sequuntur, ùt pluribus Langius *in Polyant. loco Citato.* Illa parvula animalia, Apes, unum solum Regem & Monarcham creant, cui cæteræ obediunt, Plinius *lib.* 10. *cap.* 23. *& lib.* 11. *cap.* 17. Aristoteles *lib.* 1. *de historia animalium,* Vilaplana *loco supra citato n.* 353. quæ Politica, & melior consuetudo gubernandi se per Monarchiam ab omnibus ferè nationibus Orbis fuit approbata, ùt testantur Varsevi *lib.* 40
6. *de rep. cap.* 4. Vilaplana, *ubi suprà n.* 352. Langius pluribus citatis in loco suprамemorato, sacer Legislator *in Cap.* 8. *Regum lib.* 1.

Et quamvis Deus O. M. *lib.* 1. *Reg. cap.* 8. recusavit dare Regem populo Israël regem petenti, multa incommoda enarrans, quæ ex Rege & Monarchia sequuntur: attamen hoc non fecit Dominus, quia Monarchia non esset melior Politica gubernatio; sed quia Judæi diffiderunt de auxilio Domini, desperantes, quòd Dominus non constitueret illis Judices justos & rectos, & incommoda, quæ refert Deus de Rege, intelliguntur de Rege Tyranno, non autem de Rege Justo. 41

Non diffiteor etiam, quòd multæ fuerunt Nationes, quæ per Remp. & Aristocratiam se gubernarunt, multúmque floruerunt, ùt de Atheniensibus & Lacedæmoniis Authores referunt, & quòd multæ sunt hodie, quæ per Rempub. gubernantur, multúmque, & mirabiliter florent; sed tamen præterquàm quòd istæ Nationes, quæ per Rempublicam & Aristocratiam gubernantur, semper habent unum caput ad instar Monarchæ & Regis, ùt Veneti, qui suum Ducem, vulgo *Doge*, venerantur, Langius *in Poliant.* verbo *Monarchia*, tanquam mirabile, quòd hæ respublicæ floreant, stupere debemus, 42

mus, cùm talis gubernatio contrà Naturam sit, & quod contra naturam est, mirabile videtur. Vilaplana *ubi supra n.* 352. Malè igitur fecerunt Romani, & contrà Políticam, in erigendo Aristocratiam, & Rempublicam, mirabileque fuit, quod tantùm floruisset respublica Romana.

43 Expulsis Regibus à Civitate Romana, Consulibus creatis, Aristocratiaque erecta (ut ad propositum & Juris progressum revertar) sicuti Romano Populo displicuerunt Reges & Monarchæ, ità illi eorum leges jam latæ displicuerunt; & malè, nam quamvìs lex sit lata ab aliquo Rege, vel Principe Tyranno, si tamen lex est justa, vel rationalis, non propter hoc est illa lex abolenda, quia non Princeps, sed ratio est anima legis *Cap. Consuetudo dist.* 1. *cap. erit autem,* 4. *dist.* Anguianus *lib.* 1. *de legibus cap.* 1. *&* 2. Franciscus de Amaya *lib.*
44 1. *obs. cap.* 1. *n.* 12. Quâ de causâ excogitârunt Romani, quomodo illæ leges derogarentur, & ideò lata fuit lex Tribunitia, quâ lege omnes aliæ leges à Regibus Romanis latæ exoleverunt, ùt refert Cons. *in leg.* 2. §. 3. *ff. de Orig. juris.* De hac lege Tribunitia pauci Authores egerunt, solum ex Juris peritis vidi Antonium Goveanum *lib.* 1. *Var. cap.* 21. de hac lege Tribunitia tractantem, meliùs tamen illam explicat Titus Livius *decad.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. Hæc lex Tribunitia non fuit illa lex Hortensia, de quâ Ju-
45 stin. in §. *plebs Inst. de. I. N. G. & Civil.* quam posteà explicabimus; sed hæc lex Tribunitia fuit illa lex
46 nominata Terentilla, quam sic explicant Goveanus & Titus Livius locis suprà citatis. Cùm plebs, & plebeja Turba Romana Imperium Consulare & Senatorium ferre non posset, eò, quia Consules, & Patres conscripti leges à Regibus Romanis latas derogabant, solúmque novas leges contra Personas plebejas condebant, Cajus Terentillus Arsa Tri-

Tribunus plebis (Tribunus plebis jam tunc erat creatus à Romanis, ùt posteà videbimus) legem quandam condere voluit, quâ constitueretur, quòd quinque viri à populo Romano eligerentur, qui statuerent Ordinem, quem Consules in suo regimine & legibus scribendis habere debebant: contradixerunt Consules, contradixitque huic legi Senatus & circa hoc Controversiæ civiles ortæ fuerunt, talique controversia pendente, Senatores plebejas leges oppugnabant, & Plebs legibus Consulum, & Senatorum non obediebat, multóque tempore duravit hæc discordia inter Populum & Consules, ùt refert Titus Livius *tot. lib.* 3. *decad.* 1. quâ durante Tribuni legem Terentillam condiderunt, & majori usu & consuetudine fuit recepta, ùt ajunt Titus Livius & Goveanus ubi suprà; contradixerunt Consules & Patres non ad hoc, quòd leges conderentur, sed in hoc, quis debebat eas condere? ùt testatur Goveanus. Mutatus igitur fuit status 47
Reip. Rom.: Consules fuerunt privati Imperio, & electi fuerunt Decemviri, qui civitatem Romanam gubernarent, ùt narrat Titus Livius *D. Decad.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. & 9. Durante hac discordia & contentione inter populum & Consules, nulla lex viguit, Nam leges antiquæ Regum Rom. lege Tribunitiâ seu Terentilla exoleverunt, & nulla lex nova lata fuit: Unde Populus Romanus iterum cæpit 48
vivere sinè legibus, incertoque jure, & consuetudine uti, sicut in incunabulis Civitatis ante leges Curiatas latas à Romulo; quòd infortunium duravit per spatium 20. annorum, Historiatore Cajo *in leg.* 1. §. 3. *ff. de Orig. Juris*, & hoc est, quod intellexit dicere Romanus Pontifiex in *Cap. Mayses* 1. *Dist.* 7. scilicet quod cùm Populus Rom. seditiosos Magistratus ferre non potuisset, incerto jure, incertaque consuetudine & sinè legibus cæpit vivere.

49 Videntes igitur Romani, quòd infelix erat Status Civitatis sinè legibus vivendo, & quòd non poterant inter se concordare: Nam Tribuni magis mansuefacti dicebant, quòd leges conderentur per personas electas ex populo & ex Senatoribus; Patres autem ad ipsos solos spectare leges condere dicebant; sicque omnes conveniebant in legibus ferendis, solúmque discordia erat, quis debebat leges condere, an soli Senatores, an verò simul cum plebe? ùt testantur Goveanus ubi suprà. Livius *dec.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. hac necessitate coacti decreverunt mittere Legatos Athenas, ut transcriberent, & reportarent leges Solonis, Consuetudines Lacedæmoniorum, & aliarum civitatum Græciæ. Quæ historia refertur in leg. 1. §. 4. ff. de Orig. Juris, à Justin. tacitè in §. *& non ineleganter* 10. *Inst. de Jure Nat. Gent. & Civ. Can.* 1. *&* 2. *dist.* 7. Titus Livius *dec.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *&* 9. Fenestellà *lib. de mag. Rom. cap.* 4. Diodorus *lib.* 12. Mynsinger, & Vinnius in §. 13. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* Antonius Goveanus *lib.* 1. *Var. cap.* 21. Langius in Polyanth. verbo: *Justitia.* Antonius Olib. *de Actio. p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 5.

50 Missi fuerunt tres Legati Athenas ad leges reportandas, quorum nomina erant Spurius Posthumius Albus, Publius Sulpitius Camerinus, & Aulus Manilius, ùt sic sentiunt Livius *d. cap.* 8. Mynsinger. Ubi suprà, non fuerunt missi Decem viri, ùt communis error falsò putavit.

51 Nec hanc veritatem obnubilare possunt tex. in leg. 1. §. *posteà* 4. *ff. de Orig. Jur.* & *in Can.* 2. *dist.* 7. Ubi Consul. & Rom. Pontifex dicunt, & asserunt, quòd Decem viri fuerunt missi Athenas ad leges reportandas. Nam hæc historia & dicti textus sunt sic intelligendi juxta doctrinam Mynsing. & Titi Livii ubi suprà, quòd Legati missi Athenas

thenas solum tres fuerunt, attamen Pop. Rom. decem viros elegit, qui Leges ab Athenis latas in tabulis scriberent, ùt posteà videbimus: Unde hac de causa dixerunt Pomponius & Rom: Pontifex, quòd 10. viri petierunt leges ab Athenis & Civitatibus Græciæ.

Missi fuerunt dicti tres Legati Athenas, ut leges Solonis reportarent, & per spatium duorum annorum in ea legatione morati fuerê, Goveanus *lib.* 1. *var. cap.* 21. Nunc peto rationem, cur Romani miserunt Legatos ad petendas leges ab Atheniensibus, & Græcis, & non ab aliis Nationibus? Rationem, præterquàm quod adducitur, à Patre eloquentiæ Cicerone *in Orat. pro Flacco,* nullam aliam puto esse, nisì quia tanta erat fama Athenarum, tantúmque ejus Areopagi nomen, tantaque vox scientiæ, quæ florebat in Civitate Athenarum, quod utile visum fuit Romanis, leges & Consuetudines ab Atheniensibus petere. 52

Nunc intelligo id, quod fabulatur Ovidius *lib.* 6. *Metham.* quòd cùm esset contentio inter Deum Neptunum, & Deam Palladem, seu Minervam, quis deberet ponere nomen Civitati Athenarum, & cum Neptunus equum produxisset, Minerva Olivam, judicatum fuit per Jovem, & fabulosum Deorum Consistorium, quod Minerva nomen Athenis imponeret. Cur hoc? Nisì quia Minerva est Dea Scientiarum, & Oliva est simbolum scientiæ, & Athenæ celebrandæ erant propter Scientiam per totum Orbem terrarum? 53

Politicè in hoc processerunt Romani, mittendo legatos Athenas ad leges reportandas, quià quando aliquìs Populus videt aliquam legem, seu consuetudinem alterius populi justam & rationabilem ac æquam, si indiget illa, Politica est, quòd illam accipiat. Sic jus civile Romanorum per totum 54

tum Orbem terrarum fuit admissum. Sic nostra Cathalonia tempore quo à Romanis occupabatur, ante leges Gothicas & Usaticos utebatur jure Romanorum, Noster Oliba. *de actio: p. 1. lib. 3. cap. 2.*
55 *n. 3.* Hac Politicâ urgente fuerunt introducta commercia & Contractus, ut homines Mercatores navigando, leges, Consuetudines & Statuta optima aliarum Nationum adducant, quibus Patriam suam exornent, Solon in vita Plutarchi, D. Josephus Fer-
56 dinandez de Retes *lib. 7. Opus. cap. 1. n. 5.* sic fecit ille celebris Homerus (de cujus Patria Septem Civitates Græciæ disceptârunt) qui peregrinatus fuit per Orbem, ut mores, leges, & Statuta aliarum nationum addisceret, Herodotus *in vita Ho-*
57 *meri*, Retes *ubi suprà.* Celebre fuit dictum Laurentii Gratiani in suo opusculo vulgò dicto: *El discreto. pag. mihi* 409. ubi divisit vitam hominis in tres scenas, in prima debet celebris vir loqui cum Mortuis, id est cum libris: in secunda debet loqui cum vivis, id est, debet peregrinari per Orbem, discendo mores, & consuetudines Nationum; & in tertia debet loqui cum semetipso, meditando illa, quæ legit, & quæ vidit. Cavendum tamen est, nè hoc modo vitia Nationum & peregrini mores addiscantur; tunc enim non esset bonum commercium, & peregrinatio: sic Epidauri commercium cum Illiricis interdixerunt, nè moribus illorum coinquinarentur, Retes ubi suprà, Aristoteles *lib. 7. Polit. cap. 6.* plura ad propositum D. Thomas *lib. 2. de Regim. Principis cap. 3.*

58 Reversis tribus legatis ab Athenis, & legibus Solonis latis, electi fuerunt à Pop. Romano Decemviri, ut leges ordinarent, Goveanus *d. lib. 1. cap. 21.* Titus Livius, qui eorum nomina refert, *Decad. 1. lib. 3. cap. 9. Can. 2. dist. 7.* Hi Decem viri annô 300. ab Urbe condita, ùt refert Livius ubi supra, ex legibus ab Athenis latis, & ex consuetudinibus Patriæ

triæ condiderunt, & ſcripſerunt leges in 10. Tabulis æreis, illáſque tradiderunt, & legerunt Populo, Populuſque illas tanquam benè latas approbavit, & quia adhuc aliquæ leges deficiebant, decrevit, quòd aliæ duæ tabulæ adderentur. Quâ de cauſa illæ leges dictæ fuerunt decemvirales; quià à Decemviris latæ fuerunt, & paſſim dictæ fuerunt leges 12. Tab. quia in 12. Tabulis erant ſcriptæ, Mynſing. *in* §. 10. *Inſt. de Jur. Nat. Gen. & Civil.* Goveanus 1. *Varia. cap.* 21. Titus Livius *dec.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. *Conſul. in leg.* 1. §. 4. *ff. de Orig. Juris.*

Leges ſic ſcriptas & latas fixerunt Romani in 59
roſtris ſculptas in tabulis æreis, ait Cons. *in d. leg.* 1. §. 4. *de Orig. Juris.* Roſtrũ, ut terminũ Conſulti explicem, ſuâ nativâ ſignificatione ſignificat picum Avis, & per metaphoram transfertur, ad ſignificandum proram navis: Evenit, quòd Romani navalem pagnam habuerunt cum Antiatis, multaſque naves in dicta pugna cæperunt, roſtraque navium ſecta bina in quolibet pulpito orantium poſuerunt in foro, ſeù ante curiam Hoſtiliam; undè pulpitum ſubire dicebatur apud Romanos roſtra conſcendere, in quibus roſtris ponebantur leges, & poſitæ fuerunt leges 12. Tab. ut à populo legerentur. Politicè proceſſerunt Romani ſcribendo 60
leges in tabulis æreis, imitatique fuêre in hoc Athenienſes, qui ſuas leges in tabulis æreis ſcribebant. Alciatus *lib.* 2. *Præterm.* allegatus à Mynſing. *in* §. 10. *Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civili.* Sic Minos, qui primus Cretenſibus leges dedit, *Can.* 1. *Diſt.* 7. (quâ de causâ fingitur à Poëtis Judex Inferni propter leges à ſe latas Virg. *Æneid.* 6.) leges à ſe conditas in tabulis æreis ſcripſit, & ter quotannis per Græciam circumferri juſſit, Plato *in dialogo* allegatus à Mynſing. ubi ſuprà. Cur ità fecerunt Roma- 61
ni? niſi quia cùm lex debeat immortalis eſſe, &

perpetuò duratura, ſicut juſtitia *Prin. tit. Inſ. de Juſtit. & Jure. l. 1. ff. eod.* debet ſcribi in aere, quod quaſi immortale eſt & perpetuò duraturum, & quamvis Juris Conſ. Cajus in *d. l. 1.* §. 4. *ff. de Orig. Juris* dicat, quòd leges iſtæ Decem virales, ſeu 12. Tab. fuerunt ſcriptæ in tabulis eboreis, nihil contra ſupradictum legitur, quia ùt interpretatur Gothofredus ad *d.* §. 4. *ex Halicarnaſſæo lib.* 10. & Livio *lib.* 3. leges 12. tab. priùs fuerunt ſcriptæ in tabulis Eboreis, & poſteà propter majorem durationem viſum fuit Romanis, quòd in tabulis æreis ſcriberentur.

62 His legibus 12. tab. latis (ſequor enim Ordinem hiſtoriæ adductum à J. Conſulto *in cap. 1. cum ſuis* §. §. *ff. de Orig. Jur.*) evenit, quòd cùm leges 12. tab. breves eſſent, & confuſæ, ideoque à populo non intelligerentur, neceſſaria fuit Prudentum Interpretatio, & hoc naturaliter ſucceſſit, ut ait Conſultus in Dicta *leg. 1.* §. 5. *ff. de Orig. Juris.* Nam naturalis ratio dictat, quòd leges confuſæ, & nimis

63 breves interpretentur: Ex quo ſequitur, quòd Princeps nec Statutum poteſt facere, quod leges non interpretentur, & quod non detur interpretatio legum, cùm hoc eſſet contra Jus naturale, quod ſentire videtur Gothofredus *in d. leg. 1.* §. 5. *de Orig. Juris. lit.* C. Ut igitur eviſceremus text. in §. *reſponſa Prudentum* 8. *Inſt. de Jure naturali Gent. & Civ.*

64 Sciendum eſt, quòd duplex fuit interpretatio Prudentum, & duplici tempore facit mentionem Jus noſtrum de Prudentibus. Primò tempore ſtatim poſt latas leges 12. tab. de quô intelligitur Conſul. *in. l. 1.* §. 5. *ff. de Orig. Jur.* & hoc tempore fuerunt Appius Claudius, Sempronius Naſica, Quintus Mucius, Marcus Cato, Brutus Manilius, & multi alii, quos refert Conſ. *in d. leg. 1. ff. de Orig. Juris. à* §. 36. *uſque ad* §. 44. & de horum ſcriptis, ùt teſtatur

ſtatur Mynſing. *in* §. *reſponſa* 8. *Inſt. de J. N. G. & Civil. n.* 1. nihil aliud habemus nisì id, quod in libris Digeſtorum diſperſum eſt. Alia fuit Prudentum interpretatio tempore Imperii Julii Cæſaris: Julius enim Cæſar primus Romanorum Imperator, & poſteà Octavianus Auguſtus ejus ſucceſſor, dederunt poteſtatem, & Authoritatem Prudentibus, & Juris conſultis ad Jus interpretandum. Nam ſolus Princeps, & qui poteſt legem condere, poteſt dare hanc facultatem interpretandi jus, & leges; quia leges interpretari eſt acceſſorium condendi leges. Undè ſi Univerſitates in Privilegiis Doctorum V. J. dant hanc facultatem, & authoritatem interpretardi jus & leges, hoc faciunt ex licentia Principis, qui talem authoritatem, eas erigendo & approbando, illis conceſſit. Hoc ſecundo tempore fuerunt Varus Offilius, qui fuit familiariſſimus Cæſaris, Trebatius, Capito, Labeo, & alii, quos refert Conſ. *in de leg.* 1. 2. §. 44. *uſque ad finem.* Iſti enim Juris Conſulti in varias ſectas diviſi in foro, & curia hoſtilia diſputabant, Juſque & leges interpretabantur, quando ob verba confuſa explicatione indigebant. Quæ diſputationes & interpretationes non habuerunt proprium & ſpeciale nomen, ſed communi nomine appellatæ fuerunt Jus Civile, & dictæ diſputationes à Politica Romana in quodam libro fuerunt compilatæ, neſcio tamen à quo Romano, & poſteà à Juſtiniano, ſeu ejus mandato à Quæſtore Triboniano multa Prudentum reſponſa in Digeſtorum libris fuerunt appoſita. Plura de hoc Antonius Faber *in Pap. tit.* 2. *prin.* 9. *per totum* & noviſſime de Vitis Juris conſultorum Latè tractarunt Bernardus Rutilius, Joañes Bertrandus, Guilielmus Grotius, & Joannes Chriſtophorus Franch. de vitis veterum Juris Conſultorum.

 Quô

66 Quô suppofito, indubitatum Principium est in nostro Jure, quòd responsa illorum antiquorum Prudentum erant jus Civile scriptum, à quibus Judex in judicando recedere non poterat, *text. in* §. *constat.* 3. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* §. *responsa Prudentum* 8. *Inst. eod. leg.* 1. §. 5. *ff. de Orig. Jur. l.* 7. *ff. de Just. & Jur. l. Gallus* 29. *ff. de lib. & posth. Can. responsa Prudentum* 5. *Dist.* 2. ùt constat pluribus tex. qui passim in Pandectis, & Institutionibus leguntur, multosque congerit Hieronymus de Oros. de Apic. Jur. Civilis. *lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 3. ùt tenent omnes Institutistæ *in d.* §. 8. aliqua Goveanus *lib.* 1. *var. cap.* 24. Antonius Faber in Jurisprud. Pap. *tit.* 2. *princip.* 9. Antonius Pichardus *in leg.* 1. *ff. de leg.* 1. *n.* 47. & 48. Hieronymus de Oros. ubi suprà, Revardus *tot. lib. de Autoritate Prudentum*, Cujacius *in leg.* 120. *ff. de V. S.* Cicero *in Topicis*, Matheacius *lib.* 1. *de Via juris cap.* 2. *n.* 6. & *lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 2. Donellus *lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. K.* & ibi pluribus Citatis Osualdus in notis.

67 Multis nominibus nominabantur hæc responsa Prudentum], dicebantur enim jus Civile, media Juris prudentia, antiquitas, vetustas, Jus antiquum anteà, olim, pluribus textibus Oros ubi suprà: Undè quandò in Jure dicitur Antiquitas, vel vetustas, media Jurisprudentia, non intelligitur lex 12. tab. sed intelligitur de his responsis Prudentum.

68 Non solùm autem antiqui Juris consulti, & veteres Prudentes de jure respondebant; Sed etiam Jus condebant: Quâ de causâ Cujacius, Hothmannus, Wesembechius, & Pacius autoritate veterum Codicum tex in §. *responsa prudentum* 8. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* corrigunt & legunt: *Quibus permissum erat Jura condere*, ex Græcis Theophilus *in d.* §. quos sequitur Arnoldus Vinnius, & rectè, quia Prudentes respondendo de jure Jura condebant per consultationem, & responsionem *lib.* 23. *Cod.*

Cod. de Procuratoribus l. 25. *Cod. de nuptiis.* Prudentes 69
vocantur Juris conditores; Verum equidem est, quòd antiqui Prudentes non poterant novum Jus condere, nec antiquum tollere, quia solùm Cæsar dedit illis autoritatem interpretandi: sicque celebris Gallus Aquilius cùm non posset facere, quòd posthumus alienus, ut alienus institueretur, introduxit illam formam dictam formulam Galli Aquilii, quâ institueretur, ut Posthumus suus. *l. Gallus* 29. *ff. de lib. & Posth.* Valentia *ill.* 3. *trac.* 4. *cap.* 3. Bartholomeus Chesius *lib.* 1. *interp. Cap.* 49. Simili 70
modo veteres Prudentes non poterant jus supplere sicut noster Prætor; sed solùm jus interpretari, cùm solùm jus interpretandi esset eis data autoritas, & non supplendi, pluribus Faber in *Papin. tit.* 2. *prin.* 9. *ill.* 2. Hæc est differentia inter supplere, & interpretari, quòd interpretatio oritur exverborum confusione, suppletio ex verborum defectu, *l. Gallus* 29. §. 1. & §. *videndum de lib. & post.* Faber *ubi suprà.* Magìs quia interpretatio est Juris; suppletio est facti: Juris Cons. autem dequæstione facti, tanquam de re aliena & Procuratoria non respondebant *l.* 79. §. 1. *ff. de Judicibus leg. Sejæ* §. *ul. ff. de instr. legato. l.* 103. *ff. de Concl. & Demons.* Duarenus *lib.* 1. *disp.* 41. Faber *tit.* 2. *prin.* 9. *illus.* 2. aliis citatis Osualdus ad Donel. *lib.* 1. *cap.* 8. *lit. K.*

Contra hanc tamen veritatem Justinianeam 71
plura argumenta nubem difficultatis apponere videntur: Primum: quia Persona privata non potest 72
Jus condere, sed solùm Persona publica, seu Magistratus; cùm condere legem sit actus Juris dictionis, *tot. tit. Decret. de Constit.* Vallesius ad *d. tit.* §. 1. Prudentes autem, & Juris Consulti erant personæ privatæ, & non publicæ, nullamque Jurisdictionem habebant; quapropter non poterant Jus condere, & sic responsa Prudentum non erant nec

jus esse poterant. Verum facilè est advertere, quòd responsa Prudentum non erant jus propter potestatem, quam habebant Prudentes, sed propter authoritatem, quam habebant à Cæsare, seu ab Octaviano Augusto sibi impertitam. Princeps enim potest authoritatem condendi Jus alteri concedere, & talem dedit Augustus veteribus Prudentibus.

73 Secundum: Quia jus debet esse de sua natura certum, & nullatenùs dubium *l. sed etsi* §. 1. *ff. de Judiciis l. ornamentorum ff. de auro & argento legato.* Sicque de Jure non potest dubitari, sed solùm de facto *glos. in Cap. Pastoralis de rescriptis*, Baldus *in l. à nulla Cod. de furtis. n.* 2. *Carloval. de Judiciis lib.* 1. *tit.* 2. *disp.* 5. *n.* 15. Salgado *de regia Protect. p.* 2. *cap.* 18. *n.* 50. Mastrillo *lib.* 3. *de cis.* 217. *n.* 19. plures citans noster Regens D. Michael de Cortiada *tom.* 1. *decis.* 12. *n.*
74 32. sed inter antiquos Prudentes & J. C. multa dabantur dubia, opiniones & varietates, ùt videtur *in* §§. *l.* 1. aliis, 2. *ff. de Orig. Juris.* Duæ enim fuerunt Scholæ inter se contrariæ Sabinianorum & Proculejanorum ortæ ex Labeone, & Capitone, §. *cùm ex aliena materia Inst. de rerum divis.* §. 2. *Inst. de emp. & Vendit. l.* 7. §. 7. *ff. de acq. rerum Dom. l.* 14. *de Jure Codicillor.* Meryllius *lib.* 1. *cap.* 1. D. Petrus Velasco *in integro lib. de Vitiis J. C.* pluribus D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 15. & *n.* 22.; Ergò responsa & interpretationes seu disceptationes Prudentum Jus Civile esse non poterant. Verùm notare oportet, quòd responsa & interpretationes Prudentum prius in foro disceptabantur, & controvertebantur, & post disceptationem fori, illa sententia, quæ prævalebat, ut Jus admittebatur, & hæc tunc non erat dubia, sed jam erat certa *l.* 1. §. *conventiones de Pactis, leg.* 2. §. 5. *de Orig. Jus. l. vetus quæstio* 68. *ff. de Usufr. leg.* 4. *de lib. & posth. Leg. jure ff. de Legatis*, *l.*

3. *ff.*

3. *ff. de cond. & dem.* Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 15. *n.* 25. ſicque nil mirum, quòd iſta reſponſa & interpretationes, quæ prævalebant, ùt jus admitterentur.

Tertium argumentum deſumitur ex tex *in leg.* 75
2. §. his legibus latis *ff. de Orig Juris*, in quo tex. J. C. Cajus loquens de reſponſis veterum Prudentum, dicit, quòd hæc diſputatio Prudentum, & hoc Jus à Prudentibus compoſitum, quod ſinè ſcripto latum fuit, non vocatur aliquo particulari nomine ſicut cæteræ partes Juris, ſed quòd communi nomine appellatur Jus Civile. Duobus modis contrà ſupradictam deciſionem Juſtin. in §. *reſponſa Prudentum* obviat iſte textus; primò, quando dicit, quòd hæc diſputatio fori, & hæc reſponſa Prudentum ſinè ſcripto lata fuerunt: quapropter reſponſa Prudentum non ſunt Jus civile ſcriptum, quod eſt contrà dictum §. *reſponſa Prudentum*, & 9. §. *conſtat.* 3. *Inſtit. de Jur. Nat. Gentium & Civil.* ſecundò, quia dicit Conſ. *in d. leg.* quòd hæc diſceptatio fori non habet proprium nomen Juris, ſicut aliæ partes Juris, ſed nomine ſolum communi Juris civilis nominatur: igitur reſponſa Prudentum non ſunt ſpecies Juris Civilis, quod eſt contrà dictos. §§. *reſponſa Prudentum*, & *conſtat autem* 3. *Jus. de Jur. Nat. Gent. & Civili.* Reſpondeamus nunc difficultatibus; & pmæ. reſpondetur, quod ſi conſiderentur reſponſa Prudentum pro ut in foro diſputata, hoc modo jus ſinè ſcripto dici poteſt, quòd reſponſa Prudentum ſtatim non accipiebantur ut jus; ſed tunc demum, quando erant in foro agitata, & obtinebant, ùt ſupra diximus n. 74. & in hoc ſenſu intelligitur Conſult. *in d. leg.* 2. §. 5. *de Orig. Juris.* Si autem inſpicimus reſponſa Prudentum, quatenus ſunt interpretatio legis 12. tab. & ab ea deſcendunt, hoc modo ſunt jus Civile ſcriptum, ſicut lex 12. tab. quià acceſſorium

rium ſequitur naturam ſui Principalis *cap. acceſſorium de reg. juris in 6.* Ità Vinnius in §. *reſponſa Pru-*
76 *dentum.* Ego addo, quòd aliud eſt Jus ſinè ſcripto, & aliùd Jus non ſcriptum: Jus ſinè ſcripto dicitur illud, quod non eſt in ſcripturam redactum, eſt tamen jus ſcriptum: Nam Jus ſcriptum, ſeu legem non conſtituit ſcriptura, ſed expreſſa voluntas ſeu conſenſus illius, qui poteſt jus condere. Arnoldus Vinnius in §. *conſtat autem 3. Inſt. de Jur. Nat. Gen. & Civil.* Jus autem non ſcriptum dicitur illud jus, quod tacito conſenſu & populi conſuetudine introductum eſt. §. *Sinè ſcripto 9. Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civili:* Undè non ſinè maximo myſterio Conſ. in *d. leg. 2. §. 5. de Orig. Jur.* dicit, quòd diſputatio fori & reſponſa Prudentum erant Jus ſinè ſcripto; non autem dixit Conſ. quòd reſponſa Prudentum erant Jus non ſcriptum, quia reſponſa Prudentum, quamvìs in initio civitatis Romanæ non eſſent redacta in ſcripturam, quia quilibet homo, qui volebat, poterat de Jure reſpondere, tamen tempore Auguſti Cæſaris, iſte Imperator, ut major eſſet reſponſorum authoritas, conſtituit, quod ex ſua authoritate reſponderent, & ſic Jus reſpondendi & interpretandi à Principe concedebatur *l. 2. circà finem ff. de Orig. Juris.* Et tunc ut fatetur Vinnius in §. *reſponſa Prudentum*, fuerunt redacta in ſcripturam, & ſcripta in quodam volumine: undè cùm reſponſa Prudentum eſſent Jus conſtitutum ex expreſſa voluntate, & authoritate Principis Octaviani Auguſti, erant jus ſcriptum, quam-
77 vìs jus ſinè ſcripto. Nec hanc differentiam inter jus ſinè ſcripto, & jus non ſcriptum deſtruere videtur Juſtin. *in §. ſinè ſcripto 9. Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* Ubi loquendo de conſuetudine (quæ eſt propriè jus non ſcriptum) illam nominat Jus ſinè Scripto: ibi: *Sinè ſcripto Jus venit, quod uſus approbavit,*

vit, utiturque eisdem verbis Cons. *in d. l. 2. §. 5. de Orig. Juris.* ibi: *hæc disputatio, & hoc jus, quod sinè scripto venit*, loquendo de interpretatione Prudentum. Nam credendum est, quòd Justin. in d. §. *sinè scripto* 9. utitur verbis. *sine scripto Jus*, non illa propria & rigorosa significatione, quam nos explicavimus, & ùt Cons. in *d. l. 2. §. 5.* sed in lata & impropria significatione prout idem sonant illa verba *sinè scripto Jus*, ac illa verba: *Jus non scriptum.*

A secunda difficultate *d. l. 2. §. 5. ff. de Orig. Juris.* facilè me expedio, dicendo, quod non est inusitatum in nostro jure, imò frequens, quòd nomen generis specificè accommodetur speciebus, ùt constat de adoptione, & arrogatione §. 1. *Inst. de adop.*: de agnatione, & Cognatione §. 1. *Inst. de leg. Agnat tutela*: de Pignore, & hypotheca §. *fin. Inst. quibus modis recontrahitur obligatio*: Sicque nihil mirari debemus, quòd responsa Prudentum sint species Juris Civilis §. 3. *Inst. de de Jur. Nat Gent. & Civil.* & nominentur nomine communi Generis idest, *Jus Civile.* 78

Quartum Argumentum desumitur ex leg. 7. §. *ait Prætor* 7. *ff. de Pactis*: Ubi Prætor pollicetur, se servaturum omnia pacta conventa, quamvìs nuda, quæ non essent dolo malo elicita, neque contra leges, Plebiscita, Senatûs consulta, & Principum placita; in quo tex. Cons. enumerat omnes species Juris utpote Legem, Plebiscita, Senatus consulta, & Principum placita, & ibi non enumerat responsa Prudentum; Ergò responsa Prudentum non sunt Jus Civile scriptum: Nam si essent species Juris scripti, non esset tam diminutus Cons. quòd responsa Prudentum inter alias species juris Civilis non enumerâsset. Quæ difficultas etiam gravis est contra §. *constat autem* 3. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil*, Ubi enumerantur sex species Juris Ci- 79

vilis scripti, & in *d. leg.* 7. §. 2. *de pactis* solùm enumerantur quatuor. Cur autem in d. l. 7. §. 7. *ff. de pactis* non recensentur etiam edicta Prætorum, & Jus Prætorium, infrà explicabimus.

80 Quintum Argumentum ex leg. *Æmilius Larianus* 38. *ff. de Minoribus* 25. *annis*, fortissimè desumitur. Depingamus Casum: Æmilius Larianus emit ab Obinio fundum Rutilianum, solvens de præsenti partem pretii, & cum pacto legis Commissoriæ, quòd si intra duos menses nonsolveret Æmilius reliquam dimidiam partem pretii, fundus esset inemptus: factâ venditione, intrà illos duos menses Æmilius Larianus è vita decessit, relictâ Æmiliana filia Pupillâ sub tutorum authoritate; Tutores illi intra dictos duos menses partem pretii solvere Obinio non curârunt; factis multis denunciationibus per Obinium venditorem Tutoribus, ipsi pretii partem solvere recusarûnt: Obinius annô elapsô alteri dictum fundum Rutilianum vendidit, quod videns Æmiliana Pupilla, litem movit contra Obiniũ coram Prætore, petens restitutionem in integrum ex capite minoris ætatis, victa fuit; appellavit ad Præfectum Urbis, & etiam litem perdidit. Tandem Pupilla provocavit, & appellavit ad Tribunal Imperatoris Antonini, & causâ appellationis pendente, consultus fuit de hac lite J. Consf. Paulus, & putavit bene judicatum esse à Præfecto Urbis, quia non contraxerat Pupilla, sed Pater ejus, sicque Pupilla non esset restituenda adversus contractum à se non celebratum; Sed contrarium exitum res habuit, judicavitque Imperator, quòd Pupilla erat restituenda, eo quia dies committendi, seu conditio legis commissoriæ venit in tempus Pupillæ, & ea jam effecta Domina bonorum Patris purificata fuit conditio legis commissoriæ, & sic tunc incæpit habere esse contra-

ctus:

ctus: Tum & etiam movit Imperatorem, quòd Tutores ſupradicti fuerunt tanquam ſuſpecti à tutela remoti. Iſte eſt pulcher caſus d. l. 38. Pondero ſic: Si reſponſa Prudentum eſſent Jus, Judex in judicando non poſſet à reſponſis Prudentum recedere, ut ſic dicit Juſtin. in §. *reſponſa Prudentum*, ſed in *d. l.* 38. *de Minoribus*, Imperator Antoninus judicavit contra reſponſum & opinionem J. C. Pauli, qui dicebat pupillam reſtituendam non eſſe; ergo reſponſa Prudentum non ſunt Jus, & ab illis poteſt judex in judicando recedere. Hæc duo ultima argumenta multùm videntur difficilia.

Unicâ tamen ſolutione illis reſpondere putat 80
Hilligerus Oſualdus ad Donel. *lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. l.* ſecutus Donellum: dicunt enim, quòd tempore legis 12. tab. in Incunabulis Civitatis Romanæ Reſponſa Prudentum non erant Jus, nec certum Jus conſtituebant propter maximas eorum diſſenſiones; & opiniones, & hoc inſinuavit Juſtin. in §. *reſponſa Prudentum*, quàndo dixit, quòd reſponſa Prudentum erant ſententiæ & opiniones: Opiniones enim cùm non ſint certæ, non poſſunt eſſe Jus; vide argumentum adductum n. 73. 74. eô enim tempore quilibet, qui de ſua ſcientia juris confidebat, poterat de Jure reſpondere. Vinnius in §. *reſponſa Prudentum.* Venit poſteà Auguſtus Cæſar, & dedit authoritatem Prudentibus reſpondendì de Jure; non tamen tanta fuit hæc authoritas, ut reſponſa Prudentum facerent juris Civilis partem, uſque dum Primus Imperator Theodoſius tantam dedit reſpoſis Prudentum Authoritatem, ut conſtituiſſet quod ut jus Civile obſervarentur, & facerent partem Juris Civilis *l.* 1. *Cod. Theodoſiano de Reſp. Prudentum*, quod & confirmavit Juſtin in §. *reſponſa Prudentum Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* & inſeruit in libris Di-

gestorum tot & tanta Prudentum responsa, Donel. & Osualdus locô citatô, Albericus Gentilis *lib. 3. lec. cap.* 3. Turaminus *lib. sing. de LL. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 50. & *seq.* & de hoc tempore & nova Justin. confirmatione intelligitur §. *constat* 3. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili*, quando responsa Prudentum enumerantur inter species Juris Civilis, & hac de causa *in l.* 7. §. 7. *ff. de pactis* cum intelligatur de Jure antiquo, non enumerantur responsa Prudentum inter alias species Juris, & simili de causa in *l.* 38. *de Minoribus* (quæ intelligitur de Jure antiquo) fuit judicatum ab Imp. Antonino contrà opinionem J. C. Pauli & hæc opinio mihi melior & sanior videtur ad intelligendum §. *responsa Prudentum*; & quamvis Conf. in *leg.* 2. §. 5. *ff. de Orig. Jur.* loquendo de responsis Prudentum juxta tempus antiquum legis 12. tab. illos nominat *jus Ibi: hæc disputatio & hoc Jus*, quod ingentem facit difficultatem contra dictam solutionem, tamen illud intelligitur, quod Tribonianus alludere voluerit ad Jus novum Theodosii & Justiniani etiam, non ad tempus antiquum legis 12. tabul. quod desumitur, ex quo illa verba *Hæc disputatio, & hoc jus* sunt in diversa clausula, & non in illa, in qua loquitur de Legibus 12. tab.

82 Aliam tamen interpretationem dare possum *leg.* 38. *ff. de Minoribus*, scilicet quòd ibi refertur opinio privata J. C. Pauli, quæ non fuit in Foro disceptata, nec obtinuit: Sicut multis aliis textibus referuntur opiniones I. C., quæ non obtinuerunt §. 2. *Inst. de empt. & venditione*, & aliis passim: quod infertur ex verbo *Putabam*, quod proprii judicii & opinionis Pauli verbum est., & sic non est mirum, quòd talis opinio Pauli non esset jus, & contra

83 eam judicatum. Nam ut aliqua opinio alicujus I. C. esset Jus, duo requirebantur: Primum quòd talis opinio seu responsum esset in foro discepta-

tum

tum & disputatum: secundum; quòd talis opinio obtinuerit, & prævaluerit, *leg.* 68. *ff. de Usufr. l.* 3. *ff. de Cond. & Demons.* D. Ftanciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 15. *n.* 22. Tum q^a. licèt in d. *l.* 38. *de Minoribus* opinio Pauli fuisset Jus, potuit contra eam Imp. Antoninus judicare, quia supremus Princeps post legem regiam (de quâ infrà) sicut potest Jus condere, potest Jus tollere, *l. fin. Cod. de LL.*

Ex his legibus 12. tab. sequutâ Prudentum interpretatione, ortæ fuerunt & descenderunt actiones, ut sic historiam Juris prosequitur Cons. in *l.* 2. §. 6. *ff. de Orig. Jus.* & ideò actiones sunt actus solemnes & legitimi *d. l.* 2. §. 6. & sic quando aliquis intentat actionem, dicitur lege agere *l.* 2. *ff. de officio Prætoris* L 123. *ff de Reg. Juris*, Cicero *lib.* 1. *de Oratore*, *Pro Cecina Orat.* 3. & 4. & Verrina 7. Valerius Maximus *lib.* 7. *cap.* 7. Plinius *lib.* 5. *cap.* 20. Varro *lib.* 4. *de lingua Latin.* Ulpianus *de tutelis Inst.* Ovidius in Fastis allegati à Gothofredo in glossa *l.* 2. §. 6. *de Orig. jur.* Hinc dicitur legis actio, *l.* 1. *ff. de Officio Proconsulis Alexandriæ*, *l.* 2. *l.* 3. *ff. de Officio Proconsulis l.* 4. *ff. de adopt.* §. 1. *Cod. eodem. l.* 123. *ff. de reg. Juris. Novella* 21. Brissonius 3. *Select. cap.* 20. Gothofredus ubi suprà: Cùm enim necessarium esset, quod homines disceptarent, & in Judicio id quod ipsis debebatur, vel suum erat, peterent, necessarium quoque erat, quòd agerent in judicio, seu peterent. Verbum enim agere (à quo actio derivatur) non significat reum invitum in judicium trahere, sicut agere jumentum, est actus, *princ. tit. Inst. de Servitutibus Urbanorum & rusticor. Prædiorum*, ut malè Theophilus, Baro *in prin. tit. de actio.* Petrus Gregorius *lib.* 21. *Sintag. Juris, cap.* 8. *n.* 2. Antonius Faber *lib.* 29. *Conj. cap.* 9. quos reiicit Donellus *lib.* 19. *comment. cap.* 1. *lit. a.* sed verbum agere significat tractare vel contendere de aliqua re, vel rem pe-

tere. Cicero *lib. 5. ad Atticum*, Donellus & ejus aſſecla Oſualdus ubi ſuprà. Nè tamen Populus & homines pro ſuo libitu, & prout vellent, actiones inſtituerent (hoc enim abſurdum erat ponere judicium in manu actoris) introduxerunt Romani certas ſolemnes actiones *l. 2. §. 6. ff. de Orig. jur.* noſter Antonius Oliba de actio. *p. 1. lib. 1. cap. 2. n. 7.* certaſque formulas & conceptiones verborum in proferendis verbis in actionibus poſuerunt; ità ut Prætor dabat formulas actionis, quas formulas in albo Prætoris ſcriptas habebat, & agens ità ſyllabatim formulam actionis proferre debebat, taliter quòd ſi cadebat à ſyllaba, ſeu errabat ſyllabam, cadebat à cauſa. Mynſing. *in prin. tit. Inſt. de actio. n. 4. in fine.* Quas tamen formulas verbales & accidentales actionum, non autem ſubſtantiam actionum ſuſtulit, & amputavit Imp. Conſtantinus in *l. 1. Cod. de formulis & impetrationibus actionum ſublatis*, tanquam ſcrupuloſas & nimià ſubtilitate Juri contrarias, ſicut in ſtipulationibus conceptiones verborum ſunt ſcrupuloſæ §. 1. *Inſt. de V. O.*; in donationibus *l. ult. ff. de Donat*; in arbitriis *leg. 4. in fin. ff. de arbitr*: in teſtamentis, *l. 15. Cod. de teſtamentis*: in bonorum poſſeſſionibus *l. ultima ff. de bonor. poſſes*: in Interdictis *l. ult. ff. de interdictis*: in adoptionibus *l. 12. ff. de adopt.*: in mancipationibus *l. ultima Cod. de emancipat.* §. 6. *Inſt. quibus modis Ius. Patriæ poteſtatis tollitur.* Gothofredus *in l. 1. Cod. de form. & impetr. actio. ſublatis.* Quas antiquas formulas refert Aulus Gel-
86 lius *lib. ultimo Noctium atticarum cap. 9.* Undè iſtæ antiquæ Actines à Romanis ſuis formulis compoſitæ neque deſcendunt à ſolis legibus 12. tab., neque deſcendunt à ſolis reſponſis Prudentum, & diſceptatione fori; ſed originem traxerunt actiones ſimul ex legibus 12. tab. & ex diſceptatione fori, & interpretationibus.; J. C. Pomponius teſtis eſt hujus veritatis

veritatis *in d. l. 2. mihi* 1. §. 6. *ff. de Orig. Jur.* ubi postquàm in §. 5. antecedenti dixit, quòd latis legibus 12. tab. necessaria fuit disceptatio, & Prudentum interpretatio, subdit in §. 6. Seq. quod ex his legibus, ideſt 12. tab. & disceptatione fori actiones descenderunt. 2dò; quia in leg. 12. tab. nunquam leguntur scriptæ formulæ actionum, sicque evidens est, quòd Prudentes leges 12. tab. interpretando, & in foro disputando, formulas composuerunt, sicque actiones ab utrisque descendunt, ità sentit Oliba *de actio. p.* 1. *cap.* 2. *lib.* 1. *n.* 7. Undè actiones sic derivatæ partem juris constituebant, quæ dicebatur *Legis actiones*, Oliba ubi supra; sicque cùm actiones ab utroque isto jure Civili descendant, actiones juris Civilis sunt. Albericus *in d.* §. 6. *l.* 2. *de Orig. Jur.* Oliba ubi *supra n.* 8. *& cap.* 3. Mynsing. in *prin. tit. Inst. de action. n.* 4. Antonius Faber in Papin. *tit.* 2. *prin.* 3. *illa.* 5. Retes *lib.* 2. *de interd. & releg. pag.* 119. Mendota de Pactis *lib.* 5. *cap.* 9. *n.* 30. Gilquerius *in l.* 1. *Cod. de hæred. inst. in prin.* Antonius Pichartus in rubr. *Ins. de actio.* Osualdus ad Donel. *lib.* 16. *cap.* 4. *lit. a.* Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 11. *n.* 26. *l.* 17. §. *ejus ff. Comodati leg.* 3. *vers. sed si gratis. ff. Nautæ, caupone l.* 28. *ff. de oblig. & actio:*

Quæ verissima sententia probatur Po. ex di- 87
ctis Conf. in *in d. l.* 2. §. 6. *de Orig. Juris*, ubi actiones dicit ortum trahere à legibus 12. tab. & disceptatione fori, sed ista Jura, leges scilicet 12. tab. & disceptatio fori sunt Jus Civile: Ergò etiam actiones sunt à jure Civili, cùm sint à lege 12. tab. & à disceptatione fori. Secundò prob. enarrando 88
progressum & historiam actionum. Actiones apud Romanos à quatuor Juribus primordium acceperunt, à jure Papiriano: à Consuetudine incerta, & Jure incerto Romanorum, quibus juribus manu regia & manu incerta arbitraria populi actiones gerebantur,

rebantur, Antonius Oliba de actio. *p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 4. à legibus 12. tab. & à disceptatione fori *l.* 2. §. 6. *ff. de Orig. jur.* Oliba ubi suprà *cap.* 4. *n.* 1. Post leges 12. tab. & disceptationem fori, quæ ampliorem potestatem & libertatem agendi populo concedebant, nè populus pro suo libitu, & prout vellet, actiones institueret, certæ actiones & formulæ actionum compositæ fuerunt ùt suprà n. 85.

89 Hæc potestas actionum, & dandi formulas actionum erat apud Collegium Pontificum, ex quo Collegio Pontificum quolibet anno Unus eligebatur, quipræerat privatis, & actiones seu judicia dabat, quâ consuetudine usus fuit Populus per spatium centum annorum *l.* 2. §. 6. *ff. de Orig. Juris*, ibique Gothofredus alios citans, Oliba de actio. *p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 2.

90 Posteà Appius Claudius (non ille primus, qui unus ex Decemviris leges 12. tab. tulit, Titus Livius *dec.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. sed alter Appius Claudius ejusdem familiæ celebris J. C. *leg.* 2. §. 36. *de Orig. Jur.*) ad formam redegit has actiones, & actionum omnes formulas in uno libro scripsit, & cùm noluisset Appius Claudius illum librum de actionibus populo tradere, Gnæus Flavius scriba filius cujusdam libertini Appii Claudij, eum librum ab Appio Claudio surripuit, & populo tradidit, tantùmque fuit gratum hoc factum Populo, quòd Populus fecit Gnæum Flavium senatorem, Tribunum plebis & Ædilem Curulem; & ille liber Appii Claudii, qui actiones continebat, vocatus fuit à populo Jus Flavianum, non quia Gnæus Flavius aliquid in eo libro adjecisset, sed quia Populus voluit sic Gnæum Flavium remunerare; nàm quamvìs verum sit, quòd Gnæus Flavius furtum commisisset, furtum ob salutem Populi, & publicam utilitatem tolerabile est, ut refert Cons. *in l.* 2. §. *posteà* 7.

eà 7. ff. de Orig. Jur. aliqua Oliba *d. cap. 4. n. 2.* Augefcente populo illi, qui ex Collegio Pontificum præerant, aliqua actionum genera adjecerunt, Briffonius *lib. 1. de antiquo jur. Civ. cap. 20.* Oliba ubi *suprà n. 3.* Ufquequò non poft multum temporis fpatium, 91
quia adhuc deerant aliqua genera actionum, Sextus Ællus librum compofuit de aliis actionum formulis, & illum populo dedit, qui liber dictus fuit Jus Ælianum *l. 2. §. 7.*, Oliba ubi *suprà n. 3.* Quas antiquas actionum formulas posteà fubftulit Conftantinus *in leg. 1. Cod. de form. & impetr. actio. sublatis,* quem fecuti Theodofius & Valentinianus *l. 1. Cod. eod.* vide fuprà n. 85. & Juftinianus approbavit; Jus Canonicũ verò temperavit, cap. *dilecti de Judiciis,* conftituens fufficere, quòd nomine actionis narretur clarè factum, ut ex eo jus agendi clarè colligatur, narrando fcilicet in libello, feu fupplicatione nomen actoris, nomen rei conventi, rem petitam, & caufam, quâ petitur. Vultejus *in princ. tit. de actio. n.* 50. Ofualdus *lib. 23. cap. 4. lit. D.*, Scaccia *de Judiciis lib. 1. cap.* 50. Balboa *in rub. de libelli oblatione n. 7.* pluribus Ripoll. ad Pagueram *rub.* 8. *n.* 14. & hoc Jure utimur in noftra Practica Cathal. ex Conftitutione 3. anni 1547. Conftitutione 56. & 51. anni 1585. D. Ludovicus de Paguera *in Practica Civili rub. 8. n. 2.* & ibi D. Acacius de Ripoll. n. 13. Quis igitur, hæc videndo, non confitebitur actiones effe quoad originem de Jure Civili?

Tertio: quia actiones inventæ & introductæ 92
funt ad exercenda judicia, ficque definitur actio jus perfequendi in Judicio, quod fibi debetur §. 1. *Inft. de actio.* Donellus *lib. 19. Com. cap. 1. &* ibi Ofualdus, Faber *in Papin. tit. 2. prin. 3. ill. 5.* Caufa equidem finalis introductiva actionum fuit, ut homines poffent confervare fe, & fua bona, & alia de novo acquirere, petendo noftra, vel nobis debita in ju-

F dicio,

dicio, maximè publica utilitate suprà dicta dictante, Oliba *p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 5. Undè eodem jure debent provenire actiones, à quo descendunt Judicia, juxta *l.* 23. *ff. de Usu cap.* Sed judicia sunt à jure Civili, Antonius Faber *d. illat.* 5. (quamvìs hoc non probet, sed tamen constat, quia Judicia solùm inter cives Romanos agitabantur) Ergò etiam actiones sunt à Jure Civili. Quod autem Judicia suam originem à jure Civili traxerint, desumitur ex §. *singulorum* 4. *Inst. de rerum divisione. ex l.* 2. §. 6. *ff. de Orig. jur.* Ubi Cons. attribuit juri Civili Romanorum erectionem Collegii Pontificum, ex quo quotannis unus eligebatur, qui privatis præesset, & Judicia dirimeret: Tum quia Judicia, quæ sunt actionum Institutiones, profecta fuêre ab ea parte edicti de in jus vocando §. *omnium* 3. *Inst. de pœna temerè litigantium*, & edictum de in jus vocando, cum sit à Prætore est de Jure Civili, *d.* §. 3. *tot. tit. ff. de Jus vocando.* quâ de causa Sigismundus Scaccia de Judiciis *lib.* 1. *cap.* 2. definiens Judicium, dixit, quod est actus legitimus; & actus legitimi à Jure Civili sunt. Hac supradicta ratione probat Faber *d. ill.* 5. nostram Conclusionem.

93 Quartò, quia nec de Jure naturali, nec de Jure Gentium dabatur aliqua actio, seù effectus actionis, constat ex illa ætate Aurea Ovidii *lib.* 1. *Metamor.*

- - - - Nec supplex turba timebat
Judicis ora sui: Sed erant sinè judice tuti.

Latè Oliba de actio *p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 3. *&* 4.; ergò actiones non trahunt origiem à Jure Gentium, sed à jure Civili.

94 Non deficiunt tamen validissima argumenta contrariæ opinînis, & authores defendentes actio-

nes

nes esse de Jure Gentium, & à Jure Gentium secundævo originem trahere; ità ut Vinnius *in prin. tit Inst: de actio. n.* 4. nostram sibi contrariam opinionem temerariam & inconsideratam vocaverit, ejusque fundamenta dissolverit. Primum fundamentum hujus contrariæ opinionis est; quia postquàm Protoparens noster Adamus transgrediendo 95
præceptum DEI peccavit, *Genes. cap.* 3. ejecitque Deus illum à Paradiso, dicendo: *In sudore vultûs tui vesceris Pane tuo, eodem cap.* 3. *Genes.* orta fuerunt duo Capita Juris Gentium secundævi, scilicet rerum divisio, & punire sontes, humana sic necessitate exigente, Mynsing. & omnes Instit. *in* §. 1. *Inst. de Jure Natur. Gentium & Civil*, sed non possent castigari mali, nisì daretur actio criminalis, & accusatio, accusatio enim actio est, ùt pluribus Donellus *lib.* 13. *Com. cap.* 1. *lit. I.* & ibi Osualdus: Ergò de jure Gentium secundævo actiones dabantur, sicque actio originem traxit à Jure Gentium.

Secundum fundamentum est, quia contractus 96
& commercia, utpote emptiones, venditiones, locationes & conductiones sunt à jure Gentium secundævo *l. ex hoc jure* 5. *ff. de Just. & jure* §. *sed Jus quidem Civile* 2. *Inst. de Jur. Natur. Gent. & Civili l.* 1. §. *est autem ff. de contrah. empt. l.* 7. *ff. de Pactis*, Antonius Faber *in Pap. tit.* 2. *prin.* 4. *ill.* 2; Sed illusorii & frustranei essent Contractus, si non daretur eodem jure Gentium actio ad consequendum & petendum id, quod in contractibus deductum est; Ergò actiones descenderunt à Jure Gentium secundævo.

3tium: quia actio est introducta eodem Jure, à quo 97
est introducta obligatio: Cùm obligatio sit mater & causa actionis *l.* 43. §. *ea obligatio ff. de Procurat. Rub. ff. de oblig. & actio Faber in Papin. tit.* 2. *prin.* 6. *ill.* 5. Sed obligatio habet originem à Jure Gentium secundævo. *l.* 5. *ff. de Just. & Jure*, ut nemo est, qui

 neget

neget, & nec ipse Fab. *in dicta ill.* 5. *Mynsing. in rub. & prin. tit. de Oblig. n.* 2. Ergò etiam actio suam originem habet à Jure Gentium secundævo.

98 Quartum: quia furtum à Jure Gentium secundævo prohibitum est, & à lege naturali *l.* 1. *ff. de furtis*, §. 1. *Inst. de oblig. quæ ex delicto nasc. Antonius Faber in Papin. tit.* 2. *prin.* 4. *ill.* 6. imò magìs furtum prohibitum est à Jure Divino juxtà septimum Preceptum Decalogi: *Non furaberis, non furtum facies. Exod. cap.* 20. *D. Josephus Retes lib.* 7. *opusc. cap.* 2. *ano.* 44.; Sed parùm esset à Jure Gentium secundævo furtum prohiberi, si non daretur actio furti contra furantes §. *pœna* 5. *Inst. de Oblig. quæ ex delicto nasc.* Ergò actio

99 ortum non habuit à Jure Civili: Tum quia, *ùt pluribus Antoninus Faber in Papin. tit.* 2. *Prin.* 4. *ill.* 7. Delicta & facinora sunt prohibita à Jure Gentium secundævo: Jus aliquid prohibens pœnam statuit contra transgredientes legem, & istæ dicuntur actiones pœnales, §. *pœnales*, 13. *Inst. de actio.* §. 18. *& Seq. Inst. eod.* Ergò à Jure Gentium sæcundævo jam dantur actiones.

100 Quintum ad hominem contra Fabrum: Quia juxtà supradicta *n.* 92. eodem jure, à quo descenderunt Judicia, eodem jure originem traxerunt actiones; sed Judicia originem trahunt à Jure Naturali, à Jure Divino, à Jure Gentium secundævo: Quod multis constat: 1. Judicium tanquam in prima basi & fundamento fundatur in Citatione §. 3. *Inst. de pœna temerè litigantium*, ibique Institutistæ, *Fontanella tom.* 2. *decis.* 383. *n.* 9. *Ripoll. ad Pagueram rub.* 6. *n.* 10. Sed citatio est de Jure Nat. & Divino *Cap.* 3. *Genes.* Ubi Deus anteà quàm Adamum condemnaret, illum citavit, & vocavit per illa verba: *Adam ubi es? Ripoll. ubi suprà n.* 17. *Soccin. vol.* 1. *Cons.* 12. *n.* 2. *Paguera dicta Rub.* 6. *n.* 2. Quâ de causa si omittatur citatio, Processus, &

& Sententia est nulla, Rota Romana *in una Cordub. Decis.* 24. *Januarii* 1619. & coram Domino Pirovano *decis.* 240. *n.* 2. *Ripoll. pluribus ubi suprà n.* 15. sicque decisum in nostro supremo Cathal. Senatu 4. Decemb. 1600. inter Syndicum Monasterii Populeti ex una, & Nob. Martinum de Pomar ex altera ad relationẽ Joannis Gallego Regii Senatoris, refert Regius Senator Paguera *ubi suprà n.* 2. *in fine.* Ergò Judicia à Jure naturali & Divino proveniunt. 2dò.: quia primum Judicium & prima Sententia post 101
creationem Mundi fuit *cap.* 3. *Genes.* qua Deus Opt. Max. Adam de Paradiso ejecit. Tertiò ex *cap.*4. *Genes.* 102
ubi Deus O. M. tulit sententiam in Judicio contra Cain primum fratricidam, dicendo: *Vagus & profugus eris super terram.* 4tò. *ex Cap.* 18. *Exodi.* Ubi Moy- 103
ses Judicavit Populum Israël, ibi: *Alterâ autem die sedit Moyses, ut judicaret Populum*; & posteà Moyses erexit Judices, & Magistratus, qui Populum judicarent: Ergò cùm Judicia sint à Jure naturali, Divino, & Gentium, & ab omnibus Gentibus usu exigente & necessitate usitata, similiter actiones esse debent à Jure Gentium secundævo. Hanc rationem, & præcipuè *tex. in Cap.* 3. *Genes.* præsensit Faber *d. ill.* 4. conatusque fuit solvere; sed non benè à difficultate se exemit.

Quid igitur in tanta diversitate, & validitate 104
rationum faciam? Vera solutio & conciliatio opinionum est, quam adduxerunt Petrus de Bellapertica *in Proëmio Inst. n.* 9. *Cagnolus in leg.* 2. §. 6. *ff. de Orig. Jur. n.* 52. & ex eis noster *Olibæ p.* 1. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 8. scilicet, quòd actiones si considerantur in rudi & informi materia sinè solemnitatibus & formulis, quas dabant Collegium Pontificum, & Prætores, hoc modò sunt à Jure Gentium secundævo, & ità erant tempore, quô ante leges 12. tab. Populus Romanus manu regia gubernabatur, & hoc pro-

bant argumenta contraria nostræ opinioni: Si autem inspicimus actiones solemnes cum solemnitatibus, & formulis, quas invenerunt Romani, dabantque Prætores; hoc modò actiones sunt à Jure Civili, originemque trahunt à Lege 12. tab. & fori disputatione, & de his intelligitur nostra sententia & opinio. Hoc tacitè intellexit *Retes lib. 2. de interd. & relegatis ad l. 14. §. ultimo ff. de Interd. & releg.*

105 Hæc solutio, & conciliatio adhuc patitur difficultatem: quia hæ formulæ, & solemnitates, quas Romani dederunt actionibus, erant forma accidentalis, & ullatenus substantialis, & intrinseca actionibus, ùt discurrit Vinnius *in §. 1. Inst. de actio. n. 4. in fine:* Ergò quamvis actiones quoad confirmationem & formam accidentalem sint à Jure Civili Romanorum; quoad substantiam verò & originem sunt à Jure Gentium secundævo: Patet consequentia; quià quamvìs contractus acceperint confirmationem & formam accidentalem à Jure Civili Romanorum, nullus tamen hucusque dixit, contractus non esse quoad originem, & substantiam à Jure Gentium secundævo. Dissolvitur hæc difficultas, si attendamus, quòd istæ formulæ & solemnitates, quas Romani invenerunt, erant substantiales, & de essentia actionum; ità ut ille, qui non intentabat actionem cum sua formula, & cum omnibus syllabis formulæ, causa & lite cadebat, & similiter (quòd est valde considerabile in hac materia) si volens agere non impetrabat formulam actionis, quam volebat proponere, à Collegio Pontificum, & à Prætore, non poterat actionem in Judicium deducere *l. 1. Cod. de form. & Impet. actio. Subl.*

106 *Retes lib. 2. de interd. & releg. pag.* 119. Unde sicut Patria Potestas quamvìs aliqualem originem habuerit à Jure Nat. Divino, & Gentium, *Exodi cap.* 20.

Deuter.

Deuter, Cap. 5. quia tamen nulli alii homines, nullæque aliæ Gentes talem habebant in filios potestatem, qualem Cives Romani, dicitur esse Juris Civilis §. *Jus autem* 7. *Inst. de Patria Potestate*, ut de hoc latissimè inter se disceptârunt D. Josephus Retes, & D. Hieronymus de Oros, ille *in adversariis cap.* 16. *n.* 2. & *lib.* 1. *opusc. cap.* 6. iste *lib.* 5. *de apicibus Jur. Civil. cap. ult.*; ità similiter, quamvis actiones in rudi & informi materia aliqualem originem à Jure Naturali, Divino, & Gentium habuerint; quia tamen nullæ aliæ Gentes habebant actiones eô modô, quô Romani Cives illas habebant cum illis formulis, & impetrationum solemnitatibus: hac de causâ actiones solemnes & formulatæ originem trahunt à Jure Civili: & hoc nihil mirum, cùm nullum Jus tam Civile sit, quod aliqualem originem non habeat à Jure, seu ratione Naturali, *Mynsing. in Rub. de Jur. Nat. Gent. & Civil, n.* 1.

Sed adhuc non quiescit animus in hac tam verissima opinione, quòd actiones solemnes & formulatæ sint, & originem trahant à Jure Civili; Insurgit enim adhuc magna difficultas: quià certum est, quòd Peregrini (Peregrini dicebantur illi, qui non erant Cives Romani, sed exteri & advenæ, propriisque legibus, & non Romanis vivebant, *Suetonius in Claud. cap.* 16. *Retes ubi suprà pag.* 119. utebanturque pallio, & non togâ, Toga enim erat Indumentum Civium Romanorum, Pallium Græcorum, & ob id Peregrinorum habitus erat, per quod distinguebantur politicè Cives Romani ab exteris & Peregrinis, *Plinius secundus lib.* 4. *epistol. ad Cornelium*, *Jacobus Pamelius lib. de Pallio annot.* 1. *Retes lib.* 1. *de Inter d. cap.* 3. de quibus ego intelligo illum tex. Lucæ. *cap.* 24. *Tu solus Peregrinus es in Hierusalem*) poterant actione civili, & legitima agere contra quemlibet Civem Romanum, Peregrinis- 107

que

que actiones Civiles competebant: Quâ de causa creatus fuit à Romanis Prætor, qui dicebatur Peregrinus, ut Peregrinis agentibus Jus diceret, & actionum formulas concederet *l. 2. §. 28. ff. de Orig. Jur. epitome 7. Livii lib. 19. Retes lib. 2. de interdict. pag.* 119. ùt infrà videbimus; sed Peregrini sunt incapaces eorum, quæ sunt Juris Civilis Romanorum, *l. 1. Cod. de hæred. instit. Retes d. p.* 110. *Vinnius in §. fin. Inst. de hæred. instit.* Ergò actiones non sunt Juris Civilis Romanorum, nec ab eo originem trahunt.

108 Doctissimè difficultatem D. Josephus Retes *d. lib. 2. de Interd. & Releg. ad leg.* 14. *§. ultimo ff. de interd. & releg. d. pag.* 119. dissolvit, dicendo: quòd Jus civile Romanorum erat in duplici differentia, unum erat Jus Civile Romanorum proprium Romanorum, quod nullis aliis nisi Civibus Romanis dabatur, veluti testamenti factio tam activa quàm passiva *l. 1. ff. ad leg. Falcidiam l. 1. Cod. de hæred. instit.* Patria potestas §. 2. *Inst. de Patria potest.*, & hoc Peregrinis non conveniebat: aliud erat Jus Civile Romanorum, quod non erat proprium Romanorum, & non solùm Civibus competebat, sed etiam exteris & Advenis: Optimum exemplum in Stipulatione, quæ quamvis Juris Civilis quoad originem sit. *Leg. pen. ff. de Salvian. Faber ir Papin. tit. 2. prin. 5. ill. 4. Osualdus ad Donel. lib.* 14. *Com. cap.* 36. *lit. a. D. Melchior de Valentia ill. 2. trac. 3. cap. 1. n. 16. D. Hieronymus de Oros. de apic. lio. 2. cap. 2. n. 4.* Peregrini tamen & Advenæ poterant stipulationem contrahere §. 1. *Inst. de V. O.* & hujusmodi Juris Civilis Romanorum erat actio: Non potuit enim Romana Politica sinè maxima injuria Civium solis Civibus Romanis actiones dare, & advenis denegare; imò in hoc stabat dignitas Politicæ Romanæ, quòd Peregrinis darentur actiones, & jus diceretur, ut hôc modô exteri possent consequi, quôd ipsis debetur. Descendebatque hæc

judicii

judicij æqualitas in definitione justitiæ denotata *in prin. tit. Inst. de Just. & Jure:* ex divina lege, *Deuter: cap.* 27. *Maledictus, qui pervertit judicium Advenæ, Pupilli; & Viduæ:* & *cap.* 22. *Exod. Advenam non contristabis, neque affliges.* Quâ de causa causæ Extraneorum, & 109
Advenarum seu Peregrinorū adeò privilegiatæ sunt, quòd sint summariæ, & de plano procedatur, & velô levatô, seu abbreviatis dilationibus, sic etiam de Jure Cathal. *cap.* 74. *Curiæ anno* 1585. quod est ultimus tit. de Causis summariis, *Usat. Item, tit. de causis summariis*; & hoc nè nimiùm in Civitatibus, qui expositi sunt tantis periculis Viarum, morentur, *Paguera in Pract. Civil. Rubr.* 14. *n.* 16. Ibi *Ripoll. n.* 114. *Marquilles in d. usat*, item *Mierres tom.* 1. *Collec.* 2. *cap.* 46. *n.* 8. Hâc ratione dabant 110
Romani Peregrinis actiones. Si autem dubitas: Si peregrinus potest instituere actiones directas in Judicio, cur deportatus non habet actiones directas? ùt in sequentibus videbimus, cùm deportatus solùm peregrinus sit, *l.* 1. *Cod. de hæred. instit:* tetigit dubium *Retes pag.* 120. ubi suprà & *lib.* 3. *de interd. pag.* 181. Potior tamen ratio est, quia deportatus habuit civitatem, statum, & togam romanam, eaque propter delictum commissum fuit privatus, & per consequens indignus communione Civium & eorum, quæ sunt juris civilis, & actionum directarum: Peregrinus autem nunquam perdidit civitatem, statum, communionem & togam romanam, eamque non habebat, non propter delictum, sed propter defectum nativitatis: Sicque dignus reputatus à Romanis eorum, quæ erant Juris Civilis, non tamen propria Romanorum, & proinde actionum directarum.

Difficilior adò contrà dictam opinionē insurgit 111
tex. *in leg. si mandavero* 22. §. *is cujus* 5. *ff. mandati*, in quo ponit casum Paulus, quòd aliquis Civis Romanus fuit deportatus, qui quidem deportatus

 manda-

mandavit Titio, ut ei emeret fundum, Titiusque exequutus fuit mandatum: dubitatConsultus: utrùm Titius mandatarius habeat actionem mandati contra deportatum? & resolvit, quòd Titio contra Deportatum competit actio mandati utilis. Similis est resolutio Consulti *in leg.* 14. §. *ultimo ff. de interdictis & relegatis*, ubi deciditur, quòd contra Deportatum dantur Creditoribus utiles actiones.

112 Sic pondero: Certum est, quòd Deportatus est incapax eorum, quæ sunt juris Civilis, *l.* 1. *Cod. de hæred. instit.* §. 1. *Inst. quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur. D. Josephus Retes tot. Lib.* 1. *de interd. & relegatis*, Deportatúsque quoad juraCivilia habetur pro mortuo *l.* 63. §. *ultimo ff. pro Socio. l.* 1. § *fin. ff. de bonor poss. contrà Tab. Leg.* 74. §. *si deportatus de bonis liberor.*, *dicto* §. 1. *Ins. quibus modis Jus patriæ potest. tollitur*, *Cujacius lib.* 3. *obs. cap.* 10. *Faber in Papin. tit.* 11: *prin.* 3. *& tit.* 16. *prin.* 1. *ill.* 13. *Gilquenius de præscrip.* 13. *p. cap.* 6. *D. Joannes Chiumacero select. disp.* 10. *n.* 3. *Pichardus in lect. ad leg. Gallus cap.* 7. *D. Joannes del Castillo lib.* 6. *Cont. cap.* 162. *D. Franciscus De Amaya lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 4. Quâ de causa Deus O. M. quamvìs Caimo propter homicidium minatus esset mortem, deportationis pænam inflixit, quæ morti similis est, *cap.* 3. *Genes. Vagus & profugus eris super terram.* Sed *in d. leg.* 22. §. 5. *ff. mandati*, *& leg.* 14. §. *ultimo ff. de interd. & releg.* deportato competunt actiones: Ergò actio non est de Jure Civili Romanorum, nec ab eo originem trahit. Rejecto D. Francisco de Amaya, qui *lib.* 1. *cap.* 11. *an.* 24. putavit, *in d.* §. 15. *is cujus*, illum, cujus bona fuerant publicata, non fuisse deportatum, sicut in *l. Statius florus* 48. §. *Cornelia ff. de Jure Fisci*, eò quia in *leg.* 14. §. *ultimo ff. de interd. & Releg.* loquiturConsultus de deportato, admittendus est intellectus D. Josephi Retes *lib.* 3. *de interd. & releg. excurs. ultimo n.* 88. *ad d. l.* 1. quòd scilicet deportatus ex Contractibus post deportationem gestis,

(de contractibus enim gestis ante deportationem competit actio directa contra Fiscum, *Retes ubi suprà n. 95.*) tenetur actionibus Civilibus utilibus, & non directis. *Antonius Faber in Pap. tit. 11. prin. 3. ill. 4.* Cur autem Deportato non competat actio directa, & hæc non detur contra deportatum, dixi suprà n. 110. Prætor enim Creditoribus contrahentibus cum deportato post deportationem ex æquitate Juris Gentium dabat contra deportatum actiones utiles, & extra ordinarias: quia cùm deportatus posset contrahere, & facere ea, quæ sunt Juris Gentium *l. 15. ff. de interd. & releg. Mynsing. in J. 1. Inst. quibus modis patria potestas solvitur n. 7.* inaniter & frustrà contraheret, si non obligaretur: Undè aliqua actione debebat teneri, nè alias deciperentur contrahentes, non directa propter rationes dictas supra n. 110., Ergò utili, *D. Josephus Retes d. n.* 88: in quibus actionibus cognoscendis, & concedendis discutiebat Prætor, an justa causa daretur subveniendi deportato, non obstante futurâ confiscatione, & alienatione facta in fraudem fisci? & si inveniebat æquam causam, dabat Creditoribus actiones utiles, & extraordinarias, *Retes d. n.* 88. & sic cùm iste casus sit extraordinarius ex æquitate, nihil facit, quô minùs actio sit Juris Civilis etiam utilis, contrà Pichardum in rub. *de actio. n.* 20. & quòd ea competat deportato, & contra deportatum.

Sed nunc incidimus in Charybdin majoris difficultatis: Si deportatus nulla habet bona, quia confiscantur & publicantur bona deportati non solùm acquisita antè deportationem *l. 1. ff. de bonis damn. l. ejus qui J. si cui aqua ff. de testam. cap. facilius de pœnis in 6. Genoa in Conciliat. leg. pag.* 250.; Sed etiam confiscantur & applicantur Fisco bona acquisita post deportationem *leg. 2. Cod. de bonis proscript. Retes ex-* 113

curs. 3. *pag.* 257. Quomodo de his bonis, quæ non sunt irrevocabiliter deportati, sed debent spectare ad Fiscum, potest deportatus actionibus utilibus
114 teneri? Iam ergò videtur manifesta Antinomia inter dictam *legem* 22. §. 11. *is cujus*, *ff. Mandati*, & hanc legem 2. *Cod. de bonis Proscript*: in hac dicitur, quòd *deportati neque earum quidem rerum, quas post pœnæ irrogationem habuerint, hæredem habere possunt; sed & hæ publicabuntur.* In illa invenitur, quòd *publicatis bonis quidquid posteà acquiritur, non sequitur Fiscum.* Antinomia faciliter conciliatur cum Genoa *d. pag.* 250. *Amaya lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 32. *Retes lib.* 3. *de interd. excurs.* 5. *n.* 48. *Osualdo lib.* 17. *cap.* 4. *lit.* G. *Olano lib.* 4. *paralip. cap.* 13. *ex n.* 24. *D. Nicolao Antonio lib.* 2. *cap.* 16. (quidquid dicat Benedictus Pinellus *lib.* 2. *Select. cap.* 10. *n.* 33.) quòd bona, quæ acquiruntur per Deportatum post deportationem, statim non acquiruntur Fisco, ad differentiam bonorum, quæ habebat deportatus ante pœnæ irrogationem, sed tùm demum, quando sequitur mors deportati; ità ut dum vivit deportatus, inter ejus bona connumerantur; & si restituitur, ad ejus hæredes pertinent. *Retes d. n.* 48. & hoc insinuant verba *leg.* 2. *Cod. de bonis proscript*: Nam non dicit Imperator Alexander: *publicantur*, sed *publicabuntur*. & verba *l.* 22. §. 11. *is cujus*, intelliguntur, quòd publicatis bonis, quidquid posteà acquiritur, non sequitur Fiscum statim, sed secutâ morte deportati. Difficilior autem est responsio, cur si dicta bona post deportationem acquisita publicantur, & acquiruntur fisco sequtâ morte deportati, potest de his bonis satisfieri Creditoribus post deportationem contrahentibus, mediantibus actionibus utilibus, & extraordinariis? sicuti in bonis Fideicommisso subjectis, quia mortuo gravato debent pervenire ad hæredem fidei commissarium, alienationes à gravato factæ revocantur

vocantur, *l. fin. §. sed quia Cod. communia de legatis l. Marcellus §. resquæ ff. ad Trebel. Jacobus Cancer p. 1. Cap. 1. n. 55. D. Ludovicus de Paguera cum exemplari nostri Senatus decis.* 104. Meo judicio sic puto responderi posse difficultati, quia cùm ùt suprà dictum est *n.* 112. Actiones utiles & extraordinariæ dabantur Creditoribus contrahentibus cum deportato post deportationem ex discussione Prætoris inspicientis, an justa subesset causa, an dicta alienatio fieret in fraudem Fisci, nec nè? rectè poterit Prætor, non obstante spe successionis Fisci subvenire Creditoribus actionibus utilibus, & extraordinariis; quia Deportatus bona post deportationem adquisita potest alienare, dum vivit, dùm modò in fraudem Fisci non alienet, & inter vivos alienet, *leg. 15. ff. de interdict. & Releg. Reyes lib. 2. ad d. leg.* Sicut gravatus hæres, si alienet rem fideicommisso subjectam sinè fraude fideicommissi, & ignorans rem esse Fideicommisso subjectam, non revocatur alienatio, sed solùm ad pretium agitur. *D. Ludovicus de Paguera, dict. decis.* 104 *n.* 1.

Tandem non obstat contra dictam sententiam, quòd contra Servos, & statu liberos, (qui pendente die aut conditione libertatis sunt servi. *Faber in Pap. tit. 3. prin. 1. ill. 1.*) in publicis delictis detur actio Criminalis ad pœnam, *leg. 29. ff. de statu Liberis. Antonius Faber in Rationalibus ad leg. pen. ff. si ex noxali causa agatur*; sed servus non est capax Juris Civilis, & jure Civili pro mortuo habetur, *leg. 32. ff. de reg. Jur. l. 209. ff. eodem, l. 59. ff. de Condit. & Demons. Faber in Pap tit. 3. prin. 1. D. Franciscus de Amaya lib. 1. cap. 13. n. 2. D. Hieronymus de Oros. lib. 2. cap. 4. n. 1.* Ergò actio non est de Jure Civili, nec ab eo originem trahit; nam hoc, quòd actio Criminalis detur contra Servum in publicis delictis est quid speciale, nè delicta maneant impunita. Poli- 115

 tica

tica maxima Monarchiæ, seu Reipublicæ est, delicta punire, & ea impunita non relinquere. Quot authoritates sacræ Scripturæ? quot Sanctorum Patrum dicta, quot historiæ exempla adducere possem, si non timerem nimis hoc caput extendere? Delicta puniri præcepit Deus O. M. *Exodi cap.* 22. dans leges populo Israël, dicens: *Maleficos non patieris vivere. Ecclesiastici. cap.* 12. *nè suscipies peccatorem, & impiis & peccatoribus reddas Vindictam. Deuter. cap.* 25. *Quem impium condemnabunt impietatis.* Remedium placndi iram Divinam est delicta castigare; ob fornicationem enim populi Israël cum Moabitis ait Dominus ad Moysen *cap.* 25. *Num. tolle cunctos Principes populi, & suspende eos contra Solem in patibulis, ut avertatur furor meus ab Israël*; Quæ Corona, quæ Respublica posset conservari, si delicta non punirentur? *Cicero lib.* 3. *de Nat. Deor.* hæc ait: *Nulla domus, nec Respublica stare potest, si in ea nec rectè factis præmia extent ulla, nec supplicia peccatis.* Si homines vident delicta puniri, terrentur, & à delictis coërcentur. *Lipsius lib.* 2. *de Const. cap.* 15. *Paucorum punitio terret, & emendat omnes:* Sic *Horatius lib.* 2. *epist.* 17.

Oderunt peccare boni Virtutis amore:
Oderunt peccare mali formidine pœnæ.

Tunc enim Respublica optimè gubernatur, tunc Monarchia floret, quando deliquentes castigantur, Socrates, ùt dicit Plato *lib.* 2. *de legibus*, dicebat, *Civitates optimè gubernari, cùm injusti dant pœnas.* Interrogatus Solon ille supremus Atheniensium Legislator: Quid magis ad Reipublicæ salutem prodesset? respondit: *Si boni præmiis invitantur; mali autem pœnis coërcentur*, refert *Cicero ad Brut. Mynsing. in prin. tit. Inst. de Just. & Jur. n.* 18. Lycurgus Græciæ Legislator in duabus rebus Rempublicam contineri dicebat, præmiô scilicet, & pœna. *Cicero epist.*

epist. ad Brutum. & sicut medicina ægrotis prodest, ità malis pœna, *Philon in lib. de agricultura*; plura alia apud Langium in Polyanth. verbo: *Pœna & punitio.* Depingit Ovidius *lib.* 1. *Metam.* illam detestatam ferream ætatem, dicitque in ea delicta vigere, & non puniri, ibi:

Vivitur ex rapto, nec hospes ab hospite tutus.

Cura igitur maxima Regum & Principum debet esse delicta punire, & malos à suis Regnis arcere, nè boni mali fiant, ùt advertit Consf. Paulus in *l.* 3. *ff. de Officio Præsidis, Pontifex in Cap. Rex,* 23. *q.* 5. *D. Ludovicus de Paguera in Pract. Crim. cap.* 5. *per totum.* Interest enim Reipublicæ, nè delicta impunita maneant, *l. ità vulneratus ff. ad leg. Aquil. Paguera decis.* 196. *n.* 10. in delictis enim castigandis præter privatam utilitatem, & interesse, datur publica Utilitas & publicum interesse, Paguera *d. decis.* 196. *n.* 19. Quâ de causa si delinquens in una Provincia, ad aliam fugit, remittendus est ad requisitionem Judicis illius loci, in quo est commissum delictum per Judicem capientem, nisi timeatur de violentia Judicis requirentis, quia interest Reipublicæ, ut delicta puniantur eô in locô, in quo commissa sunt propter terrorem aliorum, *l. Capitalium §. famosos. ff. de pœnis. Clem.* 1. *de Officio Ordin. Can. quapropter* 2. *q.* 7. *Cap.* 2. *de Calumniatoribus. Paguera decis.* 66. *per totam*; similiter ob hanc publicam Utilitatem appellatio, seu supplicatio rei condemnati prodest Procuratori fiscali, non obstante *Cap.* 7. *Curiæ Regis Martini*, anno 1409. ut pœna rei possit augeri juxta qualitatem delicti, ut cum exemplari nostri R. S. 24. Februarii 1600. refert Paguera *decis.* 196. *per totam.*

Post Jus Papirianum, incertam consuetudinem 117
Populi, Leges 12. tab. Prudentum responsa, & Legis actiones, adhuc cùm quotidie evenirent casus, in quibus

quibus Regimen, & Politica Romana novis legibus indigeret, tunc Populas leges faciebat: Undè ut Jus intelligamus, & Justinianum *in* §. *Lex.* 4. *Inst. de Jur. Nat. Gen. & Civili*; sciendum est, quòd hoc
118 nomen, *Lex*, multis modis sumitur. 1. pro regula & ratione naturali aliquid dictante, *Mynsinger. in d.* §. 4. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili.* 2dò sumitur lex pro omni jure tam scripto, quàm non scripto, *Vinnius in d.* §. 4. tertiò sumitur lex pro omni Jure scripto, quo modo contra ponitur Consuetudini. *Cicero lib.* 1. *de legibus*, *Vinnius ubi suprà.* 4tò tandem sumitur lex pro speciali jure Civili, quod à Populo Romano condebatur, præcedente interrogatione senatorii Magistratûs; quod Jus, & Legem nunc intendo explicare, & de hac stricta legis significa-
119 tione loquitur Justin. *in d.* §. 4. Lex enim secundùm Hebręos suam Ethimologiam trahit à verbo hebręo, quod latinè idem significat, ac Ordino. Langius in *Polyamb.* verbo *Lex.* Secundùm alios dicitur lex à delegendo seu ab eligendo, quià ex pluribus statuendis sit lecta, Marcus Varro allegatus à Mynsingerio *in d.* §. 4. Alii dicunt, quòd lex dicitur à ligando, quia lex ligat, seu obligat: Undè in ultima parte legis ponebatur Sanctio, & pœna contrà transgredientes, sicque leges dicuntur Sanctæ, & sanctiones propter hanc ultimam partem, quâ pœna transgredientibus imponitur, tenet Imperator *in* §. *Sanctæ* 10. *in fine Inst. de rer. Divisione.* Melior tamen Ethimologia hujus nominis, *lex*, est, quòd lex dicitur à legendo, quia leges à Populo Romano factæ in ære incisæ pro rostris præponebantur, ut ab omnibus legerentur, & apertiùs perciperentur, *l.* 2. §. 4. *de Orig. Juris.* suprà dixi n. 59. *Mynsing. in d.* §. 4. *n.* 4. hanc Ethimologiam inter alias adducit D. Thomas 22, *q.* 9. art. sic Ovidius Metham. 1.

Nec

- - - - *Nec verba minantia fixo*
Ære legebantur.

Sic Deus O. M. jussit Moysi *cap.* 31. *Deuter:* quòd legeret leges omni populo Israël, ibi: *leges verba legis hujus coram omni Israël,* & infrà: *ut audientes discant, & timeant Dominum Deum vestrum, & custodiant, impleantque omnes sermones legis hujus:* aliàs enim non publicata, seu non divulgata non obligant. Latè P. M. Lastra in *recollect.* Canon. *tit.* 2. *q.* 2. *n.* 18. *& q.* 3. *n.* 20.

Sciendum est 2dò quòd Populus dicitur à verbo Græco, quod latinè significat *multitudo, pluribus* Langius in Polyanth. verbo *Populus*: Populus enim est *Multitudo hominum Juris consensu, & concordi communione sociata. D. Thomas prima parte,* 31. *q.* allegatus à Langio ubi suprà; In quo autem differat Populus à Plebe infrà videbimus. Populus in tres partes dividitur. Prima pars est Rex, cujus proprium est imperare. 2da pars sunt Cives, id est Patricii, Senatores, Nobiles, quorum officium est obedire, & Regem consulere. 3tià pars est Plebs, quæ Mechanicis officiis inservit, cujus officium est solùm obedire. *Stobeus serm.* 43. *D. Ludovicus de Peguera in Pract. Crim. cap.* 4. *n.* 5. his suppositis: 120

Veritas in nostro Jure est, quod Lex est Jus, quod Populus Romanus, senatorio Magistratu interrogante veluti Consule, constituebat. Quam definitionem adduxit Imperator Justinianus *in* §. *lex est* 4. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili.* Similem definitionem legis adduxit Romanus Pontifex in *Can. lex* 1. *dist.* 2. dicens: *Lex est constitutio Populi, qua majores natu simul cum Plebibus aliquid sanxerunt,* quamvìs breviorem adduxerit in Can. *lex.* 3. *dist.* 1. dum dixit: *Lex est Constitutio scripta.* Dictam Justiniani definitionem explicant, & de lege tractant Institutistæ *in d.* §. *lex est* 4. *Antonius Aug. Archiepiscopus Tarraconensis* 121

tot. lib. de Legibus. *Corasius ad leg.* 8. *de Just. & Jure*, *Connanus lib.* 1. *Com. cap.* 13. *Fornerius lib.* 1. *Select. cap.* 24. *Mercer. lib.* 2. *apic. cap.* 3. *Hugo Donellus lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. C.* & ibi: *Osualdus*, *Antonius Goveanus in l.* 1. *ff. ad legem Falcidiam*, *Antonius Faber in Papin. tit.* 2. *prin.* 7. Amaya *lib.* 1. *Obs. cap.* 3. Forcatulus *Dialog.* 2. *n.* 7. Seneca *epist.* 87. *in fine.* Rosinus *lib.* 8. *antiquit. cap.* 2. D. Ludovicus de Paguera in *Pract. Crim. cap.* 9. Dicitur Jus tanquam Genus, per quod convenit Lex cum aliis Juribus, ut pote Plebiscito, Senatus consulto, Edictis Prætorum &c.

Lex enim est Juris species, & inter Jura connumeratur à Justiniano in §. *constat* 3. *Ins. de Jur. Nat. Gent. & Civ*: à Consulto in *leg. Jus.* 7. *ff. de Justitia & Jure*: à Gratiano in *Can. Jus.* 2. *dist.* 1. Si enim
122 Jus trahit suam Ethimologiam juxtà Canonistas ex Gratiano in *Can. Jus.* 2. *dist.* 1. à nomine *justum*, quia Jus justum est, lex justa esse debet, *Can. erit autem lex* 2. *dist.* 4. Si autem Jus dicitur à jubendo & à Jussu, Undè antiqui Jura dixerunt jussa Wesemb. in *parat. de Just. & Jur. n.* 4. Charond. 1. *verisim* 1. Contius *lib.* 2. *lect.* 6. Donel. & Osuald. *lib.* 1. *Com. cap.* 4. *lit. a.* Quid magis jubet, & imperat, quam lex? Legis enim virtus est imperare, vetare, permittere & punire, *l. legis virtus* 7. *ff. de legibus*, Donel. *lib.* 1. *cap.* 5. *lit.* 6. *Can. omnis* 4. *Dist.* 3. si enim Jus dicitur à nomine *Vis*, per figuram methatesin, ùt insinuavit Donel. *lib.* 1. *cap.* 4. quia Jus habet & vim, quæ major vis, quàm vis legis, quæ liget? & secundùm aliquos lex à ligando dicitur *cap.* 1. *de Constit.* sic intelligitur illud Matthæi *cap.* 16. & *quodcunque ligaveris super terram, erit ligatum & in Cœlis*, per quæ verba Christus D. N. dedit D. Petro Ecclesiæ Pontifici facultatem condendi leges in Ecclesia, Joannes Baptista Vivianus *in stationalibus Juris Can. ad Cap.* 1. *de constitutionibus*: Si Jus dicitur ab ad-

adverbio seu propositione *juxtà*, id est, æquè, eò quia par & æquabile, Connanus *lib.* 1. *Com. cap.* 2. *n.* 4. lex enim est æqualis omnibus, non pro privata, sed pro comuni utilitate conscripta. *Can. erit.* 2. *dist.* 4. si Jus à Justitia derivatur *l.* 1. *ff. de Justitia & Jure.* Faber *in Papin. tit.* 1. *prin.* 1. & Jus est ars boni & æqui, *d. l.* 1. Donel. *lib.* 1. *cap.* 4. Quid magis bonum & æquum quàm leges? Lex enim est Munus seu donum Dei *l.* 2. *ff. de legibus*, Deo grata & acceptabilis, Paulus de Castro *in leg. nemo Cod. de Episc. Audientia.*, Paguera *in Pract. Crim. cap.* 9. *n.* 4. Ad quid enim factæ sunt leges? Factæ sunt autem leges, ut humana coërceatur audacia eorum metu, tutaque sit inter improbos innocentia, & in ipsis improbis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas, meris verbis Gratianus *in Can. Factæ* 1. *dist.* 4. Si tandem jus 123
est sanctio sancta jubens honesta, prohibénsque contraria, juxta Moralistas: Lex, Constitutio jubens permittensque quæ recta sunt, prohibénsque contraria, his quibus posita est parendi necessitatem imponens; hoc de Lege verificatur, cùm lex esse debeat honesta, justa, possibilis, secundùm naturam, necessaria, utilis & manifesta, *Can. erit* 2. *Dist.* 4.

Reliqua verba dictæ definitionis sunt differen- 124
tia, per quæ differt Lex ab aliis Juribus, utpote Plebiscito, Principis Placito, Responsis Prudentum &c. Denotantque dicta verba formam & solemnitates, quibus olim condebantur leges à Populo Romano, pro quibus explicandis, & ut nihil 125
antiquitatis penitùs ignoretur §. 1. *Inst. de test.* indagandum est quid erant illa tam celebrata inter Romanos Kalata Comitia: *Comitia* nihil aliud significant, quàm quidam Cætus, seu Conventio, vel multitudo hominum congregata. *Kalata* enim idem significat ac Convocata: *Kalo* est Verbum Græcum,

quod latinè idem significat ac voco, undè dictæ sunt Kalendæ, quia in initio cujuslibet mensis in Urbe Romana Nundinæ convocabantur, Macrobius *lib.* 1. *Saturn. cap.* 15. Vinnius *in* §. 1. *Inst. de testam. n.* 1. sicque Kalata Comitia erant Convocatio Populi Romani ad creandos Magistratus, vel confirmandos, ad leges ferendas, Judicia exercenda, ad Sacra facienda, ad Adrogationes vel Testamenta facienda. Convocabant enim Populum Romanum Magistratus, Tribuni plebis, & Pontifices Maximi. De his Kalatis Comitiis latissimè egerunt, & pertractârunt Gellius *lib.* 15. *noctium Acticarum cap.* 27. Ulpianus *lib. regul. tit.* 20. §. 2. Arnoldus Vinnius allegans Ciceronem, Livium, & Halicarnassæum in §. 1. *Inst. de Testam. n.* 1. D. Josephus Retes *lib.* 4. *Miscel. cap.* 21. *n.* 10. Kalata comitia erant in triplici differentia, alia erant Comitia Curiata, alia Comitia Centuriata, & alia Comitia Tributa, seu Tribunitia. Cùm enim Romulus primus Rex Romanorum Populum in triginta partes divisisset, quas Curias appellavit, à nomine Cura, eò quia per curam illarum partium regnum gubernabatur, *leg.* 2. §. 2. *ff. de Orig. Juris.* de quo suprà diximus à N°. 4. tunc cæperunt habere originem Comitia Curiata, in quibus fuerunt factæ leges Curiatæ à Ro-
126 mulo latæ. *d. l.* 2. §. 2. In. his Comitiis Curiatis eligebantur à Populo Romano Reges: Mortuô enim Romulô primo Rege Romanorum, ùt refert Titus Livius *decad.* 1. *lib.* 1. *cap.* 10. interim dum Populus Regem non eligebat, Patres Conscripti seu centum Senatores videntes non posse Civitatem stare sinè Capite, cui omnes obedirent, diviserunt civitatem in decem partes, decemque viros elegerunt, quorũ quilibet unam ex illis decem partibus regebat per spatium tantum quinque dierum, qui quidem Decemviri dicebantur Interreges, & illa

illa gubernatio Interregnum vocabatur, & omnes Patres Conscripti erant Interreges per turnum decem quinque diebus, & alii decem aliis quinque diebus. Hæc est infelicitas, quam patitur Regnum, seu Monarchia, quæ per electionem providetur; Meliùs enim est, & Politicæ convenientius, Regnum deferri per successionem hæreditariam, & 172
sanguinis, quàm per electionem. Pò. eò quià si Reges sunt de sanguine, & de genere, magis amore afficiuntur ergà Vassallos, quàm si sunt electivi. 2dò quia si regnum datur per electionem, datur major occasio ambitionis, & dantur multi, qui appetunt Regnum. 3ò. quia cùm Populus sit incertus, inconstans, novitatisque amicus, Reges electos occidit, novosque creat, sicque mutatur Imperium & gubernatio, nihilque magìs contrarium optimæ politicæ gubernationi, quàm Principum & Magistratuum mutatio. Aristoteles *lib.* 2. *Polit. cap.* 6. Langius in Polyanth. verbo *Magistratus q.* 18. Quanti Imperatores Romani, ùt referunt historiæ, fuerunt occisi à Populo, ut ab eo alii eligerentur? testantur hoc Nero, Commodus, Helagabalus, omnes Imperatores Romani occisi. 4tò. quia si Regna per electionem dantur, oriuntur inter Cives bella civilia, & regnum divisum desolatur. Quæ enim magìs perdiderunt maximam Romanam Monarchiam, nisì Civilia Romanorum bella? 5tò. quia quâ autoritate poterit imperare ille, qui timet se ab Imperio privandum per contrariam electionem? ait Langius ubi supra. Omnes fere Reges populi Juda & Israël, ùt legitur in quatuor libris Regum per successionem sanguinis, & non per Electionem sceptrum occupârunt: Quam Politicam omnes fere Monarchiæ Europæ & Orbis sequuntur. In his etiam Comitiis Curiatis Ma- 128
gistratus reliqui tempore Romuli & sequenti eligebantur,

gebantur, & in his Comitiis Horatius Curiatiorum confector ob cæsam Sororem perduellionis accusatus, & absolutus *admiratione magis virtutis, quàm Jure Causæ* à Duum Virorum judicio, à quo ad Populum provocarat. Hæc comitia Curiata non poterant haberi nisi in Pomærio, & in Foro, locò Pomærii, dicebanturque curiata, quia in his Comitiis populus rogabatur per curias, & curiatim dabat suffragium, & id, quod major pars 30. Curiarum statuisset, tanquam jussum observa-
129 batur. Posteà quando Servius Tullius sextus Rex Romanorum populum in quinque, vel sex classes, iùm aliquos, quos refert Vinnius in §. 2. *Inst. de testam. n.* 1. divisit, & classes in suas Centurias, populus cæpit rogari, & suffragium ferre non per Curias, sed per Classes & centurias classium, undè dicebantur Comitia hæc centuriata, quia populus ferebat suffragium per centurias, & id quod plures Centuriæ licèt unius tantùm Classis statuebant, ut jussum populi observabatur. Vinnius in *d.* §. 2. *n.* 1. Dicta Centuriata comitia intra Pomærium haberi non poterant, sed à fortiori convocabantur in campo Martio. Et tandem quando Populus fuit divisus in Tribus (quarum nunquam fuit certus numerus, sed auctus usque ad numerum triginta quinque, Vinnius in *d.* §. 2. *in fine*) Populus etiam per Tribus rogabatur, & suffragium ferebat, & tunc cæpit populus per Tribus suffragium ferre, quando Cajus Martius, Coriolanus dictus à Coriolis expugnatis, à Tribunis plebis, prius affectare Tyrannidis accusatus, indéque quod hostium præda Rempublicam fraudasset exilio fuit per suffragium Tribuum condemnatus. Vinnius *in* §. 1. *de Testam. n.* 1 Don. Josephus Retes *lib.* 1. *de interdictu & releg. cap.* 1. *n.* 1. quæ dicta fuerunt Tributa, seu Tribunitia, quia in his Comitiis Populus per Tribus divisus suffragium fere-

ferebat, & quòd plures Tribus volebant, ratum erat. Hæc Comitia Tributa poterant haberi vel intrà Pomærium, vel extra, quæ convocabantur à Tribun plebis, & in illis Tribuni crabunur, ajt Conf. in *leg.* 2. §. 20. *ff. de Orig. Juris.* alia de his Comitiis videbis apud Osualdum ad Donellum *lib.* 6. *Com. cap.* 6. *lit.* 6.

Leges, quas faciebat Populus Romanus, in Comitijs Curiatis ferebat, Vinnius *in* §. 1. *de testam.* hoc modo & solemnitate. Convocabatur Populus ad Comitia Curiata per Cornicinem, seu Tibicinem tubâ, quæ Classicum dicebatur, eô ordine, quem refert Osualdus *d. lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* tantùm bis in anno. Kalata enim Comitia solùm bis in anno haberi poterant, Theophilus in §. 1. *de testam.* Retes *lib.* 1. *Opusc. Cap.* 21. *n.* 10. & sic convocatus Populus rogabatur à Consule de publicis negotiis, quæ tractari debebant. In his Comitiis Curiatis exibat coram universo Populo Civis ille Romanus, qui ultimum elogium & testamentum condere volebat, dicebátque Consul: *Quirites velitu, jubetu rata esse, & servari ea, quæ iste homo in sua ultima voluntate disposuerit*, respondebátque cum literis V. & R. id est, uti rogas, fiat, quod posteà explicabimus, Osualdus ad Donel. *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* quod testamentum sic factum erat illud antiquum testamentum Kalatis Comitijs, de quo Justin. *in* §. 1. *Ins. de testam.* Don Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 10. Osualdus ubi suprà; & hac de Causa, quia testamenta fiebant in eisdem Curiatis Comitijs, & eâdem rogatione, modo, & vi legis, legare, testari significat *l.* 120. *ff. de V. S.* Osualdus ubi suprà. 132
In his Comitijs celebrabantur olim Adrogationes, in quibus celebrandis exibant coram universo Populo Pater, qui volebat aliquem sui juris in locum filii adoptare, & ille sui juris, qui adrogari seu dare se in Adrogationem volebat, ibique coram

ram universo Populo Pontifex maximus utrúmq; interrogabat, forma, quam adducit Retes ubi *supra n.* 7. & postea Pontifex sic Populum rogabat, *Quirites velitis jubeatis quod Lucius Titius in locum filij Sempronium Civem Romanum Patremfam, et sui juris assumat*; Populóque annuente, firma erat adrogatio, si videbat Populus, quòd utilis etat Reipublicæ, adroganti & adrogato, Aulus Gellius *lib.* 5. *Noctium Atticarum cap.* 19. latè Cicero in *Oratione pro Domo sua.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 7. Unde sic dicta fuit adrogatio, vel quod fiebat cum Rogatione, seu suffragio populi, vel quia in Adrogatione uterque Adrogans & Adrogatus rogabantur *l.* 2. *ff. de Adoptionibus*, quasi simultanea rogatio. Retes ubi suprà. Similiter in his Curiatis Comi-
134 tiis res ritè à Pontificibus falso Deorum cultui dedicabantur; Rogabat enim Pontifex Max. Populum sic: *Quirites velitis, jubeatis quod tales res Sacræ fiant*; & Populo annuente, Pontifex velato Capite, foco incenso, proferebat verba Consecrationis, résque sic fiebat sacra, lato calamo Antonius Pichardus *in* §. *Sacræ* 8. *Ins. de rer. divis.* similitudinem habemus hujus solemnitatis in sacra Scriptura *lib.* 2. *reg. cap.* 8. Convocato Populo Israël, Majoribus natu, & Tribuum Principibus, introducta fuit Arca Domini in templum Salomonis, & per hoc fuit Templum consecratum. Sic intelligitur id, quod dicebant Consulti & Justinianus, res Sacras esse illas, quæ ritè per Pontifices Deo consecratæ sunt, §. *Sacræ* 8. *Ins. de rer. divis. Leg.* 6. §. *Sacræ leg.* 9. *in prin. ff. de rer. divis.* Ælius apud festum in voce, Sacræ, sic Ovidius 1. *Fastor.*

Templa Sacerdotum ritè dicata manu. De quo vetere consecrandi ritu Alexander ab Alex. *lib.* 6. *Gen. cap.* 14. Connanus 3. *Com. cap.* 1. Pichardus ubi suprà.

Ad

Nec dissimili solemnitate Leges condebantur à Populo Romano: Senatorius namque Magistratus, seu Consul interrogabat populum, an talem Legem vellet fieri, sic: *Velitis, jubeatis Quirites talem legem fieri*, & populus in tabella respondebat (quia tunc in tabulis ceratis scribebatur, & adhuc non erat Usus papyri) hoc modô: Si volebat legem fieri, inscribebat in tabella litteram V. & R. id est: *uti rogas*; si nolebat legem condere, respondebat cum littera A. scripta, id est, *antiquo*, scilicet quòd viveretur uti antiquitùs, quam solemnitatem adducunt Gellius *lib* 10. *Noc. Attic. cap.* 20. Arnoldus Vinnius *in §. lex.* 4. *Inst. de Jur. Nat. Gent*; *& Civili. n.* 2. Quâ de causa aliqui dicunt, quod littera dicti §. lex 4. non est legenda sic, *Senatorio Magistratu interrogante*; sed sic: *Senatorio Magistratu rogante*; & ad hoc alludens Cons. in *leg.* 1. *ff. ad legem Falcidiam*, dixit: *post hanc legem Rogatam*, Vinnius ubi suprà. Antonius Goveanus hanc solemnitatem adducens in d. *L.* 1. *ff. ad leg. Falcidiam n.* 6. *&* 7. Ex quo deducitur, quòd lex condebatur per stipulationem, interveniente scilicet interrogatione Consulis, & responsione Populi, Forcatulus *Dialog.* 72. *n.* 1. Osualdus ad Donel. *lib.* 14. *Com. cap.* 36. *lit. a.* sicque sicut per stipulationem, id est, mutuam interrogationem & responsionem promittens obligatur ad id, quod promittit, *prin tit. Inst. de V.O.* Donellus & Osualdus *d. lib.* 14. *cap.* 36. *leg.* 1. *& tot. tit. ff. de V. O.* Zasius *integro lib. ad dictum tit.* Dn. Melchior de Valentia *ill.* 2. *trac.* 3. *per totum*: ità Populus per rogationem Consulis, & suam responsionem ad legem custodiendam obligabatur. Iste quasi similis modus condendi leges observatur in nostra Cathal. Nam in eo Principatu Dominus Rex ùt Comes Barcinonis cum tribus stamentis, non solus, condit leges: Unde in 136

 nostro

nostro Principatu non viget illa Lex Regia, quæ vigebat apud Romanos, de qua *in* §. *sed quod Principi 7. Inst. de Jur. nat. Gent. & Civil.* & de ea supra. Assistunt enim Domino Regi in condendis legibus tria stamenta, seu Brachia: Brachium Ecclesiasticum, militare & regale, in quo Syndici Universitatum, & Rex simul cum illis condit leges, ùt habetur in Constitutionibus tot. tit. de legibus, & tot. tit de celebratione Curiarum, Calicius *in Usat. cùm*, Dominus Raymundus *in* 5. *Notab. & in extravag. Curiarum cap.* 2. 4. *&* 6. Antonius Oliba de actio. *p.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 14. Jacobus Cancer. *Var. p.* 2. *cap.* 1. *a n.* 1. Petrus Joannes Fontanella *de pact. nup. claus.* 3. *glos.* 32. *n.* 67. & sic nostræ leges & jura municipalia non immeritò leges Curiatæ appellari possunt ad instar legum Curiatarum Populi Romani, Fontanella *ubi supra n.* 71. cum hac tamen differentia, quam ego addo, quod in condendis legibus Curiatis Populi Romani, Populus rogabatur à Consule; in condendis autem Constitutionibus nostri Principatûs non rogantur tria brachia, sed Dominus Rex à tribus brachiis rogatur, ùt constat in pluribus Constitutionibus incipientibus. *Item placia à Va. Magestad. cap.* 2. 3. 4. 6. 7. 8. 9. 10. *Curiarum Barcinonæ, Philippus* 2. *gloriosæ recordationis Anno* 1635. & aliis incipientibus: *Lostres estamentes supplican. a Sa. Magestad. cap.* 5. 18. 28. 41. 51. 94. earundem Curiarum anni 1635. qui modus condendi leges in nostra Cathal. introductus & observatus fuit à Raymundo Berengario primo Comite Barcinonis. Oliba *d. n.* 14. ille autē apud Romanos introductus fuit à Romulo primo Rege Romanorum l. 2. §. 2. de Orig. Juris, & posteà fuit observatus à Romano Populo tempore Aristocratiæ, & Regibus à Civitate expulsis, adhuc post latas leges 12. tab,

Non

Non est immunis Justinianus à pluribus objectionibus, quæ militant contrà d. §. *Lex* 4. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* primò quòd Consultus Papinianus *in l.* 1. *ff. de legibus*. Legem definiens, aliam adduxit legis definitionem, & non istam Justiniani: Sic definivit Papinianus. Legem: *Commune Præceptum, Virorum Prudentum Consultum, delictorum, quæ sponte, vel per ignorantiam contrahuntur, coërcitio, Communis Reipublicæ sponsio*: Ergo vel Consultus malè legem definivit, vel Justinianus. Sed uterque optimam adduxerunt definitionem: Justinianus namque definivit legem Populi Romani, & secundùm solemnitates, quibus antiquitùs à Romanis leges condebantur; Consultus autem definivit legem in communi, magis inspiciens naturam legis secundùm se, quàm antiquas solemnitatum formulas; Quamvis Papinianus *in d. l.* 1. *ff. de legibus* jam insinuavit antiquam solemnitatem condendi leges per illa verba: *Communis Reipublicæ Sponsio*: Verbum enim *Sponsio* significat stipulationem & actum constantem ex prævià interrogatione, & subsecutâ responsione §. 1. *Inst. de V. O.* & Sponsio dabatur, seu stipulatio in actu condendi leges à Populo Romano: Consul enim rogabat, seu interrogabat Populum, an vellet leges fieri? & Populus se velle leges fieri respondebat: sicque conciliatur Justinianus cum Papiniano. Solùm contra Papinianum & verba illius, *delictorum, quæ sponte vel per ignorantiam contrahuntur coërcitio.* posita *in d. l.* 1. *ff.* 137
de legibus, remanet scrupulus: Si enim ignorantia privat à cognitione, sicque à consensu, cùm juxta Philosophos: *Nihil sit volitum, quin præcognitum.* D. Thomas 1. 2. *q.* 27. *art.* 2. Sylvester in sum. verbo *ignorantia*, Costa de juris & facti ignorantia *inspect.* 80. *n.* 12. Menochius *de præsump. lib.* 6. *præsump.* 23, Farinacius *tom.* 4. *Criminal. q.* 149. *n.* 161, 138

 pluri-

pluribus D. Franc. de Amaya *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 2. *& cap.* 3. *n.* 2. Si etiam errantis & ignorantis nulla eſt voluntas, nec conſenſus *l.* 15. *ff. de Jurid. om. jud. l.* 53. *ff. de reg. jur. l.* 35. *de pactis &c.* Amaya ubi ſupra: ſi ignorantia excuſat à pœna, *l.* 4. *Cod. de inceſtis nuptiis l.* 57. §. 1. *ff. de ritu nup. l.* 38. §. *ſtuprum ff. ad leg. Juliam de adulteriis l.* 9. *ff. de Jurisdictione. l.* 14. *Cod. ad leg. Fabiam de Plag.* Amaya *d. cap.* 2. *n.* 2., & à peccato, cùm omne peccatum debeat eſſe voluntarium, D. Auguſtinus *lib.* 1. *retractat. Cap.* 15. Covarruv. *in Clem. ſi furioſus* 2. *p. in prin. n.* 1. Quomodo Conſultus in d. l. 1. de legi-
139 bus poteſt dicere, quod lex punit & caſtigat delicta per ignorantiam commiſſa? Hanc difficultatem feliciter enodavit Don Franc. de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 3. dicens, quod ignorantia eſt duplex, alia eſt ignorantia voluntaria, & alia ignorantia involuntaria, ſicuti Moraliſtæ dicunt, quod duplex eſt ignorantia, alia vincibilis, & alia invincibilis. Ignorantia voluntaria eſt, quando aliquis vult committere delictum, ſed per errorem ac ignorantiam eſt commiſſum aliter, ac voluit committens: v. g. ſi Titius volens committere homicidium in perſonam Seji, occidit Sempronium, & ſi quis volens furari ferrum, furatur aurum, & hæc igorantia non excuſat à pœna, cùm jam in hoc delicto adſit malitia & voluntas delinquendi, & de his delictis per ignorantiam voluntariam commiſſis loquitur d. lex 1. *ff. de legibus.* Ignorantia involuntaria eſt, quando errans & ignorans committit delictum, nullum habens animum illud committendi. v. g. ſi quis occiderit Titium caſu fortuito absque animo illum occidendi, & hæc ignorantia, cùm non habeat admixtam malitiam, excuſat à pœna, & non eſt punibilis. Sic Deus O. M. *Genes. cap.* 20. non punivit Abimelech ſur-

surripientem Saram uxorem Abrahæ, quia illam surripuit ignorans esse Abrahæ uxorem, ibi: *Domine num ignorantem & justum interficies?* & *Cap.* 14. *Reg. lib.* 1. Jonathas, qui ignorans præceptum sui Patris Saul de non comedendo pane, favum mellis summitate Virgæ gustavit, à Populo Isräel fuit de morte liberatus. Quam impunitatem cognoverunt Ethnici Pöetæ, Ovidius *epist.* 19.

Præteritæ veniam dabit ignorantia culpæ. sic similiter secundùm Moralistas ignorantia vincibilis dicitur illa, quæ præventa in actu committendi delictum, vel præveniri debebat. Rodriguez *in sum. tom.* 2. verbo *Ignorantia cap.* 206. *n.* 3. v. g. si Titius venans vidit Sejum, & putans illum esse feram, ei jaculatur, dum tamen ei jaculatur, est in dubio, utrùm sit fera nec nè? & non obstante dubio, ei jaculatur: dicitur hæc ignorantia vincibilis, & hæc non excusat à pœna, nec à peccato. D. Bonaventura *in* 2. *sen. dis.* 22. *q.* 3. D. Thomas 12. *q.* 76. *art.* 3. & 4. idem 22. *q.* 150. *num.* 4. & ibi Cajetanus, Corduba *lib.* 2. *q.* de *ignorantia q.* 8. P. Emanuel Rodriguez ubi supra, Lastra in recollect. *Can. tit.* 2. *q.* 3. *n.* 23. & sic Lamech, qui occidit Cain, putando esse feram; quia tamen talis ignorantia vincibilis fuit, & debebat præveniri; cùm Deus O. M. posuerit signum in Cain, nè interficeretur, ultionem & pœnam septuplum dedit, *Genes. cap.* 4. Ignorantia autem invincibilis quæ non fuit præventa in actu delinquendi v. g. si quis occidit hominem, putando esse feram, & sinè dubio an esset homo, non est punibilis, & à pœna excusat, atque à peccato. Sic *cap.* 29. *Genes.* Jacob cognoscens Liam, putans esse Rachäelem, non peccavit, qaia erravit ignorantia invincibili, quæ non debebat præve- 140

niri: Nam quamvis Jacob potuisset petere candelam, seu lumen ad videndam Liam, non fuit ad hoc obligatus, quia omnes illi dixerunt Liam esse Rachäelem, & moraliter omnibus credere debebat, Rodriguez *ubi suprà n.* 6. sicque hæc Ignorantia Jacob fuit probabilis, & invincibilis, eumque à peccato excusavit, quamvis cognosceret istam, & in voluntate habuerit alteram. De his ignorantiis Lastra *recol. Can. tit.* 2. *q.* 30. *n.* 1.

141 Obstat 30. contra dictam definitionem argumentum, quod pro alio intento adducit Forcatulus *dialog.* 72. *n.* 1. allegatus ab Osualdo *lib.* 14. *Com. cap.* 36. *lit. a.* scilicet quod leges Curiatæ tempore Romuli fiebant & condebantur per stipulationem: Populus enim interrogabatur, an lex placeret, à Consule? & respondebat, seu spondebat observaturum legem, & jurabat. D. Franc. de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 3. *n.* 11. Quâ de causa Papinianus in *d. l.* 1. *ff. de legibus*, dicit, quòd lex est *communis Reipublicæ sponsio*, dixi suprà n. 137. in fine; sed stipulatio non erat in usu apud Romanos, quando fuit lata prima lex Curiata Romuli: Cùm stipulatio sit origine suâ à Jure Civili §. 1. *cum vulgatis Inst. de V. O. leg. pen. ff. de solutio.* omnes Classici repetentes ad *leg.* 5. *ff. de Inst. & Jur.* Instit. *in* §. 2. *Inst. de Jur. nat. Gent. & Civil.* Jacobus Cujacius in *not. ad d.* §. 2. & ad leg. 1. *ff. de pactis*, & *lib.* 5. *obs. cap.* 36. Vaconius *lib.* 5. *declarat, cap.* 68. Gædeus de *contrah. stipul. cap.* 2. *Concl.* 1. aliis citatis Osualdus à Donel. *lib.* 14. *cap.* 36. *lit. a.* Antonius Faber in pap. *tit.* 2. *prin.* 5. *ill.* 4. Don Melchior de Valentia *ill.* 2. *trac.* 3. D. Hieronymus de Oros *lib.* 2. *cap.* 2. & per consequens antè leges Curiatas non fuit stipulatio; sed tractu temporis apud Romanos recepra: Ergò vel dicendum est, stipulationem esse à jure Gentium, & non à jure Civili;

vili; vel dicendum in condendis legibus Romanorum non intervenisse tales supradictas à Justiniano *ind.* §. *lex.* solemnitates: Hoc argumentô nititur Forcatulus ubi supra ad probandum, quòd stipulatio non est à Jure Civili; Nihilominùs respondeo huic difficultati factæ, & non solutæ ab Osualdo ubi suprà, quòd ista sponsio, quam dicimus intervenire in condendis legibus, à Populo Romano, non erat propriè stipulatio, & rigorosa, quia hæc fuit recepta multò post à Romanis, & quia Populus non respondebat eisdem verbis, quibus à Consule interrogabatur, ùt suprà vidimus *n.* 135. quæ solemnitas requiritur ad propriam & rigorosam stipulationem §. 1. *Inst. de V. O.* sed solùm erat impropria, & similitudinaria stipulatio, seù sponsio, & promissio, quâ Populus spondebat, & jurabat, se talem legem observaturum, seu singuli Cives jurabant, *l.* 34. *ff. de Jure Fisci*, ibi: *ipse te huic pœnæ subdidisti*, *leg. leges sacratissimæ, Cod. de legibus*, Gothofredus *in leg.* 52. §. *lege ff. de V. O.* Amaya *lib.* 1. *cap.* 3. *in fine*, quam solutionem deduco ex mente Antonii Fabri *in Papin tit.* 2. *prin.* 6.

Obstat 3ò. quòd annô ab urbe conditâ 452. 142
Consulibus M. Valerio & Q. Apulejo, Consul Valerius tulit legem, quâ prohibitũ fuit, necare vel morte condemnare Civẽ aliquem Romanum, Livius *lib.* 10. lata etiam fuit rogante Porcio lex Porcia de tergo Civium, quâ prohibitum fuit, Civem Romanum virgis verberare, Livius *d. lib.* 10. Gellius *lib.* 10. *noct. attic. cap.* 3. Sallustius in *Cæsare*, Cicero *pro Cæcina*, undè nè facinorosi in civitate degerent, cùm occidi non possent, introducta fuit interdictio aquæ, & ignis, & in ejus locum substituta deportatio. Mynsing. *in* §. 1. *Inst. quibus modis Jus patr. potest solvitur.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *de interd.*

terd. & releg. cap. 1. *an.* 1. Si igitur lex fiebat illa ſponſione, quâ jurabant Cives ſe legem obſervaturos, undè ultima pars legis pœnam capitalem in transgreſſores ſtatuens, *ſanctio* dicebatur, & hâc de cauſa leges *ſanctæ*, Juſtin. *in* §. *ſanctæ quoque res Inſt. de rer. diviſ.* ſi lex eſt Regina & Domina Perſonarum, *l.* 2. *ff. de legibus*, habens poteſtatem vitæ & necis in Cives, pluribus Faber *in Papin. tit. prin.* 6. contradicebant ſibi Romani leges condendo, & liberando Cives à pœna mortis? Clariùs ſic dubito, quia ſolùm ille poteſt condere leges, qui habet poteſtatem vitæ & necis ſuper perſonas leges transgredientes, ùt conſtat ex *d.* §. *ſanctæ Inſt. de rer. diviſ.* aliàs quid prodeſſent tot leges de publicis Judiciis? *tot. tit. ff. de publ. Judic. tot. tit. ff. de pœnis, tot. tit. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis*; Sed Populus Romanus non habebat poteſtatem vitæ & necis ſeu morte condemnandi Cives ùt ſuprà dixi: Ergò Populus non habebat poteſtatem condendi leges. Reſpondetur cum D. Laurentio Ramirez de Prado *in ſuo aureo tractatu cap.* 37. D. Joſepho Retes *lib.* 1. *de interd. cap.* 1. quòd illa lex lata à Conſule M. Valerio, & lex Porcia ſolùm habebat locum in honeſtioribus aliqualiter nobilibus Civibus Romanis, qui non poterant morte damnari, nec virgis cædi, & ad iſtos dictæ leges fuerunt coarctatæ; ſecùs in Plebeis & ignobilibus perſonis, quæ jam poterant morte damnari, & virgis cædi. Politica enim maxima in Republica eſt, quòd Nobiles puniantur pœnis eorum nobilitati condecentibus propter ſtatum & dignitatem; ſic ſimilis Romanorum lex eſt in Aragonia, quòd Nobiles pro delictis non poſſint pœnis corporalibus puniri, teſtatur Molina *in reper. fori. Aragon* verbo *nobiles*, & ex eo Fontanella *de pact. nup. Clauſ.* 3. *glos* 3. *n.* 2.; ſic in noſtro Principatu

tu Cathª. simili Romanorum lege Nobiles non possunt verberari, nec laqueo in furca suspendi, sed decapitari, nec pro debitis Civilibus carcerari, nec contra eos potest criminaliter procedi sinè instantia partis, ùt de pluribus nobilium privilegiis docet noster Petrus Joannes Fontanella *tom.* 1. *de pact. nup. Claus.* 3. *glor.* 3. *per totum.* Et *tom.* 1. *decis.* 228. *à nº.* 1.

Obstat 4tò textus in leg. *ultª. Cod. de legibus*, 143 & aliis passim in toto Corpore Juris dispersis, in quibus legitur, quòd solus Princeps, seu Imperator possit Leges condere & interpretari: Ergo Populus non potest leges condere. Nam respondetur, quòd dicti textus & *lex ulª : Cod. de legibus*, intelliguntur post legem Regiam latam, quâ fuit translata in Principem facultas & potestas condendi Legem, de quâ Lege Regia infrà. Vel respondetur, quòd in Populis, qui sunt subjecti Principi, & reguntur per Monarchiam, de quibus d. *lex ul.* Solus Princeps potest condere leges; Secùs in Populis, qui non reguntur per Monarchiam, sed per Aristocratiam, & non sunt subjecti Principi, sed liberi; isti enim possunt condere leges, qualis erat populus Romanus antiquo tempore antè Julium Cæsarem.

Obstat 5.tò Ratiocinatio Gasparis Schifordegerii *lib.* 3. *ad Anton. Fabrum tract.* 19. *q.* 11. Quòd scilicet: Par in parem non habet Imperium, & 144 nemo potest sibi ipsi imperare. *l. pen. de recept. arbitris. cap.* 20. *de electione*, *& electi potest.* Vivianus *ad d. cap.* 20. Cùm nemo sit Dominus membrorum suorum, *l. liber homo ff. ad L. Aquiliam*; Sed si Populus Romanus posset leges condere, Populus sibimetipsi imperaret, leges ferendo, & par in parem haberet Imperium, út constat: Ergò Populus Romanus non poterat sibi leges condere. Resolvit

hanc difficultatem D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 1. *n.* 37. & 38. dicendo, quòd Populus duobus modis consideratur. Pmò. in abstracto, quo modo est quædam Persona ficta separata existens à quolibet Cive in particulari, sicut hæreditas jacens est quædam Persona ficta distincta à Corporibus hæreditariis. 2°. Consideratur Populus in concreto, prout est universitas contracta in quolibet Cive in particulari, quo modò non est Persona ficta, sed res realis collectiva in multis: Populus igitur in abstracto, ùt est quædam Persona ficta, imponebat leges super Populum in concreto, & quemlibet Civem in particulari, & sic non sequitur, quòd idem sibimetipsi imperaret.

145 Tandem contrà Justinianum *in d.* §. *lex* 4. obstat multa congeries rationum dubitandi. Pa. quia lex debet esse quid certum, cùm sit jus, & Jus debeat esse certum, dixi suprà *n.* 73. Sed Populus est incertus & vagus. *Virg. Æneid.* 2.

Scinditur incertum studia in contraria Vulgus.

Titus Livius *decad.* 4. *l.* 1. allegatus à Langio in Polyanth. verbo: *Vulgus: nihil tam incertum, nec tam instabile est quàm animus multitudinis:* Ergò Populus non potest condere jus, néque leges. 2a. quia lex & Jus debet esse constans sicut Justitia, à qua derivatur. *l.* 1. *ff. de Justitia & Jure l.* 10. *ff. eod. prin. tit. Ins. eod.*, *Sapient. Cap.* 1. Sed Populus non est constans, sed variabilis, quâ de causâ facile commovetur. *Matthæi cap.* 22. *vers.* 24. *cap.* 6. *Act. Apost. Vers.* 12. ubi vnlgus faciliùs fuit commotus. Ovidius *lib.* 2. *trist. Eleg.*

Mobile sic sequitur fortunæ lumina Vulgus.

Quâ de Causa Vento Populum comparavit Horatius *lib.* 1. *Epist.* 9.

Non-

Non Ego ventosa Plebis suffragia venor.

sic semper Populus novitatum amicus res novas sequitur, Sallust. in Jugurth. *Vulgus cupidum rerum novarum*, Tacitus *hist. lib.* 3. *Vulgus est mutabile subitò*, Zonar. *Annal. tom.* 1. Agath. *lib.* 3. Paulus Jovius. *hist. lib.* 11. pluribus Langius in Polyanth. verbo: *Vulgus*. Titus Livius *decad.* 1. *l.* 1. Guicciar. d. *histor. lib.* 14. undè bene depinxit D. Basilius, apud Stobæum *p.* 1. *serm.* 18. vulgum sub hyeroglìphico nebulæ, quæ juxta mutationes flatuum nunc in hanc, nunc in illam partem se se flectit. & Polybius, qui *lib.* 11. *hist.* Vulgus æquori inconstanti, quod facile commovetur, comparavit: Ergò Populus non potest Jus neque Leges condere. 3.a quia Lex debet esse rationabilis *Can. erit autem* 2. *dist.* 4. cùm ratio sit anima legis *Can. Consuetudo dist.* 1. *l. humanum Cod. de legibus*, Petrus Augustinus Morla *in emp. jur. tit. de legibus q.* 3. *n.* 6. Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 1. *n.* 11. & 12; sed Populus judicio & ratione caret, Anonymus.

Robusta res est Turba, sed mente caret.

Marcus Tullius Cicero pro Planc. loquendo de Populo in hæc verba prorumpit: *non delectu aliquò, aut sapientiâ ducitur ad judicandum*, Guicciardinus *lib.* 9. *hist. Populus sæpè magis voluntatem, quàm rationem Ducem sequitur*. Sallustius ad Jugurth. *Vulgus ingeniò mobili*. Cornelius Tacitus *lib.* 1. *hist. Plebi non judicium, non veritas*: 146
4.to Hâc de Causâ Romanus Pontifex in *Cap. Ossius* 2. *de electione & electi potestate*, hanc incertitudinem; inconstantiam, & fragilem populi mentem timens, constituit, quòd si aliquis fuerit electus in Episcopum, & Prælatum alicujus Ecclesiæ voce & clamore populi, non sit à Superiore confirmandus: Ergò Populus non potest Jus, neque leges condere. Respondetur his omnibus difficultatibus, quod verum equidem est, quòd omnia

ſupradicta ſcilicet incertitudo, inconſtantia & judicii fragilitas de populo timeri poſſunt, quæ repugnant conſtitutioni legum: Attamen in Populo jam ſunt electi ſui Magiſtratus, & dantur in eo Perſonæ ſapientes & in ſcientiis & Jurisprudentia periti, quæ poſſunt Populum conſulere, & ad veram rationem ducere, ſicque illi eſt permittendum leges condere; ſpeciale autem eſt in Cap. *Oſius* 2. *de electione & electi poteſtate*, quòd Populus non poſſit Prælatum & Epiſcopum eligere; eo quia cùm nîl ſit magìs Eccleſiæ Dei noxium, quàm quòd indigni Prælati ad regimen animarum aſſumantur *cap. nihil* 44. *de electione & electi poteſtate.* Pœnâque ſuſpenſionis ſtatuitur adverſùs eligentes indignos ſcienter, à beneficiis ſcilicet, quæ habent in ea Eccleſia, cui eligunt indignum *cap.* 7. §. *Clerici de electione & delicti poteſtate*, & privatio poteſtatis eligendi pro prima vice §. *Clerici d. cap. nihil* 44. , & cùm in populo dentur Perſonæ viles non habentes ſinceram fidem, quæ poſſunt corrumpi, ut indignum clamarent & peterent, *d. cap. Oſius* 2. hâc de ratione in *d. cap. Oſius*, tanquam nulla electio facta clamore populi reputatur. Et alia etiam ratione, quia cùm Jus eligendi Prælatum ſit quid ſpirituale, & Laici ſint incapaces Juris ſpiritualis *cap. veſana de electio. & elect. poteſtate,* non datur Jus eligendi Populo aliquem in Epiſcopum, Vivianus in d. cap. *Oſius:* Sic DEus O. M. elegit Sacerdotes populi Iſräel Aaron, Natan & alios, *cap.* 28. *Exodi*, & non Populus ſibi Prælatos elegit: & cùm hæc ratio militare non videatur in legibus condendis, Populus rectè poteſt leges condere.

147 Hoc modô, ſive tempore Romuli in Curiis, ſive poſt leges 12. tab., fori diſputationem, & legis actiones, quando utilitas exigebat, leges Populus

pulus condebat. Evenit posteà (ùt prosequitur Juris historiam Consultus in *leg.* 2. §. *deinde* 8. *ff. de Orig. Jur.*) quòd Plebs cum Patribus & Patriciis ad discordiam pervenit, sicque tunc originem habuerunt Plebiscita. Pro quibus intelligendis & §. *Plebiscitum* 5. *Inst. de Jure Nat. Gent. & Civil.* prælibandum est, quòd Plebiscitum dicitur à nomine *Plebs*, & non à Supino, *scitum*, verbi, sed scisco, à verbo Græco sciscere, quod latinè idem significat ac decernere, statuere, constitue, re, ità ut Plebiscitum idem sonet, quàm Plebis 148
statutum: Plebs est quædam pars, & species Populi, ùt ait Imp. Justinianus in §. *Plebiscitum* 5. *Inst. de Jur. nat. Gent. & Civ.* Populus enim, seù Civitas Romana ex tribus speciebus Civium constabat, ex Senatoribus, Patriciis & plebeis, seù ignobilibus: De Senatoribus infrà videbimus. Pro 149
Patriciis intelligendis historia Romana enarrari oportet. Romulus enim in initio, & incunabilis Civitatis Romanæ centum Senatores creavit, & elegit (de quibus posteà) qui dicti fuerunt Patres & ejus descendentes, & filii dicti fuerunt Patricii, & soboles istorum Senatorum dicta fuit Patricia. Livius *dec.* 1. *lib.* 1. *cap.* 5. D. Franciscus de Amaya super *lib.* 10. *Cod. ad l. fin. Cod. de Decurionibus cap.* 1. *n.* 48.: & optima politica, quia cum isti Senatores magìs inter omnes animi dotibus, & ingenio pollebant, Civitatémque regebant, nobiles esse debebant, & ejus progenies nobilis: Undè hoc nomen, Patricii, erat nomen familiæ & honoris seu nobilitatis. Amaya *ubi suprà. n.* 43. A- 150
lia erat dignitas Patriciatûs, de qua Justinianus in §. *filiusfam. Inst. quibus modis Jus patr. potest tollitur*, quæ erat nomen dignitatis, & Ordinis, & isti Patricii erant quædam Personæ ex Senatoribus, quos Principes sibi in Consiliarios, & quasi Patres eli-

gebant, ut ipsis consulerent, & regerent, Vinnius *in d. §. filiusfam.* 4. ideoque dicti fuêre Patricii, quia erant Patres Imperatorum, vel Reipublicæ, & fuerunt etiam vocati Tutores Imperii, quia consulendo Imperatoribus, Imperium tuebantur. Suetonius in Tito *cap.* 6. Juvenalis *Satyr.* 10.

- - - - - - - *Tutor haberi Principis,*

D. Franciscus de Amaya in *d. l. fin. Cod. de Decurio. cap.* 1. *n.* 50. Hæc Patriciatûs Dignitas, ùt voluit Pancirolus *lib.* 2. *Var. cap.* 8. ex Dione lib. 55. constituta fuit ab Augusto Cæsare jam Seniore facto. Alii dicunt hanc Patriciatûs dignitatem introductam fuisse ab Imperatore Constantino Magno, Zosimus *lib.* 2. *hist.* Hottmanns in *d. §. filiusfam.* Baron. *in notis ad Martyrol. d. die* 27. *Augusti.* Demster. *in Paralipon. ad Rozin. lib.* 7. *cap.* 5. Guther. sup. *lib.* 2. *cap.* 19. sed tamen hæc dignitas aliqualem originem quamvìs ab Octaviano Augusto traxerit, à Constantino Magno fuit novò dignitatis genere amplificata, Demster. ad Rosin. *d. l.* 7. *cap.* 5. Amaya ubi suprà n. 30. quæ quidem Patriciatûs dignitas solebat Codicillis Imperatoris, vel Imperiali diplomate concedi, §. *filiusfam Inst. quibus modis Jus Patriæ potestatis solvitur. l. ul.. Cod. de Consulibus.* Maxima fuit hæc Patriciatûs dignitas, multâsque laudes de ea adducunt Authores, Cassiodorus *lib.* 2. *form.* 2. Sidonius *Carm.* 2. *vers.* 250.

- - - - - *Consulque mutat conjuncta Potestas*
Patricii, celebríque gradu, privata concurris
Culmina.

Claudianus *lib.* 2. *in Eutorp.*

- - - - *Præsidium legum, genitórque vocatur*
Principis.

Idem Dire-

Direptas quid plangis opes quas natus habebit?
Nnn aliter poteras Principis esse Pater.

Corrippus *lib.* 4. *de laudibus Justinian. n.* 5.

Patricius senio fulgens Calinicus honore
Qui Pater Imperii meruit jam factus haberi.

Novel. 3. *Novel.* 7. *l.* 6. *Cod. Theodos. de Annonis & trib.* Imperatores enim Romani antequàm eligerentur, Patricii creabantur, & posteà Patriciatui renunciabant, & Imperatores fiebant. Anastasius Biblioth. *in Hadrianum I.* Sigibertus Gemblacen. *in annal. franc. de rebus Caroli Magni. cap. Hadrianus* 22. *dist.* 63. *cap. in Sinodo ind. dicta* 63. Amaya ubi *suprà n.* 54. Undè dignitas Patriciatûs propter maximum honorem cum Consulari sæpè in jure conjungitur. *l.* 1. *Cod. de Consulibus l. un. Cod. Theodos. eodem*, Sidonius suprà relatus; imò Patriciatûs dignitas anteponitur, & est major Consulari *l.* 3. *Cod. de Consulibus. l. fin. Cod. de Decurio.* quamvìs in hoc adhæreo opinioni Contii *in l. ult. Cod. de Consulibus*, quem sequitur Faber in Papinian. *tit.* 11. *prin.* 6. *in fine*, quòd dignitas Consularis erat major gradu, quàm dignitas Patriciatûs, sed tamen dignitas Patriciatûs utpote perpetua erat major duratione dignitate Consulari. Alias laudes hujus dignitatis Patriciatûs vide apud D. Franc. de Amaya *in d. l. fin. Cod. de Decurio Cap.* 1. *an.* 47.

Ad quem honorem hujus dignitatis Patricia- 151
tûs attendens Imp. Justinian. *in §. filiusfam.* 4. *Inst. quibus modis Jus patr. potest. solvitur, & in l. fin. Cod. de Consulibus* inter alias dignitates speciale in hac Patriciatûs dignitate constituit, quod dignitas Patriciatûs liberaret filium à patria potestate, quamvìs rarò filiisfam hæc dignitas concederetur, ùt ait Imp. *in d. l. fin. Cod. de Consulibus*; Politica enim est,

est, quòd illi, qui consulunt Imperatori, senili maturitate adornentur, quod deficit in adolescentibus filiisfamilias. Et ratio talis Justinianeæ Constitutionis, ut ipse ait in dictis tex. fuit, quia non est ferendum, quòd Pater, qui est privata Persona, possit per emancipationem filium à nexibus suæ postetatis liberare, & quod Imperator, qui est Persona publica, & supra leges, non possit illum, quem sibi Patrem elegit, ab aliena potestate liberare. Institut. *in d.* §. Antonius Faber *d. tit.* 11. *prin.* 6. Don Franciscus de Amaya ubì suprà n. 52. 2., quia ille, qui est Pater Patriæ & Imperii, ut vidimus suprà, non debet esse sub Patria potestate. 3. quia ille, qui est in aliena potestate, non potest alium sub sua potestate habere *l.* 20. *l.* 21. *ff. ad legem Juliam de adulteriis.* Faber *in pap. tit.* 6. *prin.* 3. Quomodo igitur poterat esse sub patria Potestate ille, qui quodammodo Principem sub sua potestate & consilio habebat? Quæ Constitutio Justin. *in d. l. fin. Cod. de Consulibus*, & §. *filiusfam.* 4. posteà ab eodem Justiniano fuit extensa ad alias dignitates, scilicet ad Consularem, Præfecturam Prætorianam, Præfecturam Urbanam, Praeturam, Magisterium Militum, & Episcopatum. *Novel.* 81. *cap.* 1. & 3. Arnoldus Vinnius in *d.* §. *filiusfam* 4. *Inst. quibus modis Jus patriæ potestat. solvitur.*

152 Non loquor in præsenti de hac dignitate Patricitatûs, & de Patriciis istis Patribus Imperatorum; sed loquor de Patriciatu prout est nomen familiæ & nobilitatis, & de Patriciis Romanis descendentibus à primis Patribus & Senatoribus; Istique erant nobiles, & opponebantur aliis Civibus Plebeis; Et hæc erat differentia inter nobiles Patricios & Plebejos primis temporibus Romanorum, quòd Patricii annulos ferebant, & non plebei: usus annulorum aureorum antiquissimus fuit

fuit apud Romanos: In incunabilis enim Civitatis Romanæ soli Senatores, & Patricii annulos aureos in digitis ferebant. *Livius l. 9.* D. Franciscus de Amaya *in leg. 2. Cod. Si Servus aut libertus ad Decurionatum aspiraverit num.* 47. posteà Equites Romani (qui erant illi, qui nobiles erant facti à Principe, non tamen descendebant à primis Patribus & Senatoribus) in signum nobilitatis, & ut distinguerentur à Plebeis, annulos aureos gestabant. Plinius *lib. 33. cap. 1.* Dio. *lib.* 48. Alexander ab Alex. *lib. 2. gen. cap.* 39. de quibus intelligitur ille locus Juvenalis *Satir.* 11. *vers.* 41.

- - - - - Post cuncta novissimus exit
Annulus, & digito mendicat Pollio nudo.

In simili Martialis *lib.* 8. *epig.* 5.

Dum donas Macer annulos amicis,
Desisti Macer annulos habere.

Tandem in tantum fuit ampliatus annulorum usus, ut homines ingenui omnes annulum gestarent ad differentiam libertinorum. Amaya ubi *supra n.* 47. in quo añulo sculpta erant Arma & Nomen familiæ, ad quod tempus referendus est §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* ubi testes annulo signabant, & se subscribebant; nisi velis dicere, quòd alius erat annulus signatorius ab annulo, quod erat signum nobilitatis. Libertini autem homines non poterant añulos aureos gestare, nisi jus aureorũ añulorũ à principio impetrâssent, & tunc pro ingenuis reputabantur, *l. pen. de jure aureorum annulorum.* Dion. *lib.* 33. Zonaras *lib.* 11. Suetonius in Galbam *cap.* 14. & in Vitellium *cap.* 12. requirebatur tamen consensus Patroni ad hoc ut Princeps posset liberto jus

 annu-

annulorum aureorum concedere, quia hoc plurimum juris Patronatûs detrahebat. *l.* 3. *l. fin. de jur. aureor. annul.* Plura Alexander ab Alex. *d. cap.* 23. Connanus *lib.* 2. *Com. cap.* 12. Petrus Faber *lib.* 2. *semes: cap.* 6. Osualdus ad Donel. *lib.* 2. *cap.* 11. *lit. I.* Pancirolus *lib.* 1. *Var. cap.* 14. aliis citatis
153 D. Franciscus de Amaya ubi *supra n.* 50. Plebei Cives erant illi, qui non erant Milites, id est, nec Patricii neque Equites Romani, seù equestris Ordinis. Populus igitur, ut ad suprad. revertar, erat ordinata Collectio omnium Civium, Senatorum, Patriciorum, Equitum, & Plebejorum, §. *Plebiscitum* 5. *Inst. de Jur. nat. Gent. & Civ.* Plebs autem erat Collectio ordinata Plebejorum, exceptis Patriciis & Senatoribus, Justinianus *in d.* §.
154 *Plebiscitum.* Notandum tamen est, quòd Equites non erant de Plebe, nec inter plebejos connumerabantur; cùm multa privilegia haberent Equites seu Milites, quæ non competebant Plebeis, Fontanella *de pact. nup. tom.* 1. *claus.* 3. *glos.* 3. *per totum* & præcipuè *a no.* 3. Senator Antonius de Vilaplana *in suo tract. de brachio militari per totum.* Nec difficultatem facit Justinianus in *d.* §. *Plebiscitum* 5. ubi in Plebe connumerat omnes Cives, & non excipit Equites, sed solùm excipit Senatores, & Patricios. Aliud enim erant Patricii, & aliud Equites, ùt constat ex his, quæ cum Amaya diximus, suprà n. 152. quia Justinianus *in d.* §. *Plebiscitum*, ubi videtur connumerare Equites inter Plebejos, & solùm excipere Senatores, & Patricios, alludit ad illud tempus initii Civitatis Romanæ, quô adhuc Equites non gestârunt annulos aureos, sed solùm Patricii & Senatores, tunc enim adhuc de Plebe erant, ùt suprà dixi n. 152. & solùm nobilitate Patricii fulgebant, quæ videtur insinuare Vinnius in hoc §. *Plebiscitum.*

Hoc

Hoc modô Populus & Plebs Romana quietè & pacificè vivebant, usque dum Plebs seditione & tummltu commota ab Urbe Romana secessit. Duas Plebis secessiones referunt nostri authores, sed non clarè, quas ego aliqualiter explicabo. Expulsô Tarquiniô à Civitate Romana, & mortuo Cumis, ùt refert Titus Livius *decad.* 1. *lib.* 2. *a cap.* 6. dum consulatum regebant Appius Claudius, & Publius Servilius, fuit maxima discordia inter Patres & Plebem circa hoc, quòd tempore belli, quod gesserunt cum Latinis & Volscis Romani, multi Cives Romani multum æs alienum, & debita contraxerunt ad subveniendum suis necessitatibus, & cùm non possent debita persolvere, fuerunt capti, & positi in potestate Creditorum. In usu erat hoc tempore apud Romanos, quod posteà confirmavit lex 12. tab. quod debitor qui solvendo non erat, in temporaneam servitutem Creditoribus addiceretur, & quod si plures erant Creditores hominis, seu debitoris addicti, Corpus in plures partes secare, & trucidare poterant. Livius *lib.* 8. *decad.* 1. Carolus Sigonius *de antiq. jur. Civium Roman. cap.* 6. quod jus à Solonis lege manavit. Budæus *in tit. de in diem addict.* Plutarchus *in Solone*, Quintilianus *lib.* 3. *instit. cap.* 8. Gellius *lib.* 20. *cap.* 1. usque dum lex Petilia constituit, quòd Corpus debitoris non necteretur; Sed quod solùm bona essent obnoxia, latè prosequitur Joannes Hieronymus Campanilis in divers. Jur. Can. *rub.* 11. *cap.* 10. *n.* 3. *& cap.* 9. *an.* 1. (discurrens de ratione cur sacri Canones prohibuerint Creditores posse Ordines suscipere *cap.* 1. *dist.* 53. *Can. prætereà dist.* 51.) quod videns Plebs, seditione & tumultu commota fuit, & cùm inter hanc dissensionem fama venisset, quòd Volsci cum maximo Exercitu Romam pro-

155 156

perabant, Lex fuit promulgata, quòd nullus Civis Romanus posset tenere captum alium Civem Romanum sibi debitorem, qui vellet scribi militiæ, & in illo bello militare: Quâ lege promulgatum etiam fuit, quòd illo bello pendente, bona illorum, qui militabant, vendi non possent. Ità lege promulgatâ, statim omnes Cives Romani debitores militiæ se subscripserunt. Livius *d. lib.* 2. *decad.* 1. Devictis Volscis, & Sabinis, adhuc remansit contentio inter Patres & Plebem circà debita, variaque acciderunt, quæ refert Livius *d. lib.* 2. usque dum Plebs Romana ab Urbe secessit trans Anienem in montem sacrum, vel, ùt alii volunt, in
157 montem Aventinum, Livius *d. lib.* 2. Missus fuit à Patribus Orator Menenius Agrippa, ut pacem cum plebe tractaret, & inita fuit pax cum pacto, & conditione, quòd Plebs haberet suos Magistratus, ad quos posset habere recursum contra Consules, & quòd nullus ex Patribus talem Magistratum gerere posset; Dictique fuêre isti Magistratus Tribuni, vel quia creabantur suffragio, & voto Tribuum, vel quia olim populus in tres partes erat divisus, & singulæ parti singuli Tribuni creabantur, ut ait Cons. *in leg.* 2. §. 20. *ff. de Orig. jur.* Hæc fuit prima secessio plebis ab Urbe Romana ante leges 12. tab. septimo decimo anno post Reges exactos, ùt ait Cons. *in d.* §. 20. & anno 261. ab Urbe condita, ùt ex Livio deduco *lib.* 1. *in. fine*: Nam secessio de qua facit mentionem Cons. *in l.* 2. §. 8. post leges 12. tab. fuit secessio secunda. Primi Tribuniplebis fuerunt Cajus Lucius, & Lucius Albinus, si Livio credimus *d. lib.* 2. & cum suis Magistratibus seu Tribunis reversa fuit plebs in Civitatem. Hoc tempore nulla adhuc fecit Plebs Plebiscita, sed multas dissensiones cum Patribus habuit, quas refert Livius

tot.

tot. lib. 2. *dec.* 1. præcipuè illam de lege Terentilla, ad quos scilicet leges facere pertinebat, an ad solos Patres, an verò simul cum Plebe? de qua supra n. 45. usque dum fuit determinatum, quòd tres Viri Athenas mitterentur ad leges reportandas, quod latiùs suprà explicavi à no. 49. Posteà Appius Claudius unus ex decem Viris, qui leges 158
12. tab. tulerunt, & qui Civitatem Romanam in locum Consulum gubernabant, captus amore cujusdam Virginis filiæ Lucii Virginii, cum Lucio Icilio desponsatæ, fecit, quòd illa Virgo tanquam ancilla à quodam famulo suo, Marco Claudio nominato, Judicio peteretur, ut sic posset cum ea suam libidinem adimplere, quod videns Virginius equitum Dux, qui ex equitatu Romam pervenit, ut filiæ suæ castitatem defenderet, arreptô cultello de taberna lanionis filiam suam interfecit, sic referunt Consultus *in l.* 2. §. 24. *ff. de Orig. Juris.* Livius *lib.* 3. *decad.* 1. Hoc factô Virginius Exercitum Romanum, qui tunc in Algido bellum gerebat, concitavit, signáque transtulit in montem Aventinum, & omnis Plebs ab urbe secessit, & cum exercitu in monte Aventino se conjunxit, Consultus *in d.* §. 24. Livius *d. lib.* 3. *decad.* 1. Patres Romani, ut hanc seditionem mitigarent, miserunt ad Plebem in Aventinum Valerium & Horatium duos maximi nominis Cives Romanos, ut pacem inirent, qui quidem pacem fecerunt cum Plebe cum pacto & conditione, quòd Potestas Tribunitia ad Plebem rediret, quod Decem viri à Magistratu deponerentur, & castigarentur, & ibi in monte Aventino Plebs sua fecit Plebiscita, & tulit Legem Horatius, quòd non solùm Plebs teneretur plebiscitis obedire, sicut anteà; sed etiam quod Patres & omnis Populus Plebiscitis tenerentur, quod posteà confirmavit anno ab urbe con-

dita 367. Quintus Hortensius Tribunusplebis, & tandem ratificavit anno 413. Q. Publicius Dictator. Ex quo dirimitur ardua controversia inter Authores, utrùm in d. §. *Plebiscitum* in illis verbis: *Sed & Plebiscita lege Hortensiâ latâ non minùs valere, quàm leges cæperunt*, Textus sit legendus, *Lege Hortensia*, an verò *lege Horatia*? ùt ex Dionisio, & Plinio corrigit Antonius Goveanus *lib.* 1. *Var. cap.* 22. Connanus *lib.* 1. *Com. cap.* 13. Quia lex Horatia de hoc antè lata fuit per legem Hortensiam posteà latam confirmata, ac repetita: Sic intelligendus Justinianus in d. §. *Plebiscitum* 5. *Consultus in leg.* 2. §. 8. *de Orig. Jur.* Sic sentiunt Jacobus Cujacius, Vultejus, & Hotmannus in d. §. *Plebiscitum*, Corasius ad *l.* 2. §. 8. *ff. de Orig. Jur. n.* 11. Claudius David. *in d.* §. *Plebiscitum*, Arnoldus Vinnius ibid. Osualdus ad Donel. *lib.* 1. *Com. cap.* 9. *tit. D.* Non admitto, sed fabulosum judico, quòd Vinnius dicit in hoc §. *Plebiscitum* de tertia plebis secessione, cùm quid tale apud Titum Livium accuratum Urbis Romanæ historiatorem non invenerim.

159 Causa igitur efficiens condendi Plebiscita fuere hæc Seditiones Plebis, & Populi Romani. O! execrabilis Origo! O! non imitabilis causa! aliqua, sit mihi fas, circà hanc materiam adducere, ut possim hanc Monarchiarum pestem, scilicet populares seditiones à mortalium cogitatione eradicare. Quid enim aliud est Seditio, quàm motus Subditorum contrà legitimum Magistratum factus principaliter rapiendi, & mutandi Dominii causâ, non propter necessariam defensionem, aut justum dolorem? Langius in Polyanth. verbo *Seditio.* Undè causa Seditionis est rapina, & inobedientia, quamvìs cum falso titulo oppressionis colorato, & si talis est causa Seditionis, Seditio est semper peccatum mortale. D. Thomas 22. *q.* 42. *art.* 20.

art. 20. Infinita exempla tàm sacra quàm prophana Seditionem detestantia adducere possem. Primum sit ex cap. 16. *Num.* ubi Core, Dathan, & Abiron cum aliis de populo Israëlitico seditionem contrà Moysen & Aron commoverunt, quos Deus O. M. ità castigavit, quod Core, Dathan, & Abiron vivos terra absumpsit, & 250. Viros incensum offerentes ignis consumpsit, & magis est mirabilis textus, quod quatuordecim millia & septingenti homines, qui de supplicio seditiosorum murmurabant, incendio fuerunt consumpti. Secundum sit ex eod. *lib. numer. cap.* 20. ubi quia Populus Israël seditionem commovit contra Moysen & Aron propter defectum aquæ, Deus O. M. eductâ aqua de Petra per Virgam Moysi, condemnavit omnes Rebelles, & incredulos (quos hoc nomine sacer textus sic vocat) ut nullus ex illis intraret in terram promissionis. Tertium celebre est exemplum Seditionis, quam commovit Absolon contrà Patrem suum David. *lib.* 2. *Reg. cap.* 13. & seq. Ex qua quid successit, nisi quòd Architophel Absolonis Consiliarius laqueo se suspendit, *cap.* 17. & quòd Absolon præliô victus, Capillis quercu suspensus, tribus lanceis à Joab transfixus fuit. *cap.* 18. Ad quid magis potuit pervenire seditio, quàm quod ut Christus Dominus noster Deus & homo morte Crucis condemnaretur? dimiserunt enim Barabbam, qui propter seditionem in Carcere detentus erat, & Christum innocentem condemnârunt. Lucas in sacra historia *cap.* 23. *vers.* 25. his verbis: *Dimisit autem illis* (loquitur de Pontio Pilato) *eum, qui propter homicidium & Seditionem missus fuerat in Carcerem, quem petebant: JEsum verò tradidit voluntati eorum.* Legitur etiam *lib.* 4. *Reg. cap.* 24. & 25. quòd cùm Sedecias Rex in throno

Israël

Israël à Nebuchodonosore constitutus contra eum rebellâsset, & Seditionem movisset, captus fuit à Nabuco Sedecias, Regnum Judæ in Babilonem transmigratum, filii Sedeciæ occisi, & Sedecias oculis orbatus: Tantum Deus O.M. adhuc in suis populis Seditiones & Rebelliones abominatur. Hortatur Deus O. M. ore Apostoli in Epistol. *ad Rom. cap.* 13. quòd populus Seditiones non commoveat, quòd subditi sint Magistratibus ibi: *Itaque qui resistit Potestati, Dei Ordinationi resistit*, quod tributa & vectigalia persolvant ibi: *Ideò enim & tributa præstatis, Ministri enim Dei sunt in hoc ipsum servientes. Reddite ergò omnibus debita: Cui tributum, tributum: Cui vectigal, Vectigal: Cui timorem, timorem: Cui honorem, honorem.* Et non solùm Deus O. M. seditiosos odit, sed etiam ejus Comites & Sectatores. *Prov. cap.* 24. *vers.* 21. *Time Dominum fili mi, & Regem, & cùm Seditiosis non commisceearis; quoniam repentè consurgit perditio eorum, & ruinam utriusque quis novit?* Quis igitur non fugiet? Qnis non abominabitur? Quis non oderit rem quam Deus O. M. fugit, odit, & abominatur? Deveniamus ad ex-
160 empla prophana: Plato *de legibus dial.* 5. ait, quòd *Seditio bellum est, quod in Civitate oritur.* Idem ibidem: *Seditio omnium bellorum gravissimum est.* Quanta infortunia, quanta mala, quantæ Calamitates ex Seditionibus scaturiunt? Plato *Epist.* 7. *Seditione, qui agitantur, nullam requiem malorum habent.* Stob. *serm.* 41. declamat, quòd Seditio tam victoribus, quàm victis æqualis pernicies est. O! horribilis hydra! O! horrendum monstrum! Annô septimo Imperii Justiniani Bisantii orta fuit popularis Seditio, quâ Cives boni expulsi fuerunt à Civitate, ædificia incensa, templum sapientiæ combustum, extinctáque fuit ab Imperatore Justiniano sanguinis fluminibus, nam triginta millia hominum fuerunt truci-

crucidati, referunt Evagrius *lib. 4. cap. 13.* Niceph. *lib. 17. cap. 10.* similiter annô quartô Imperii ejusdem Justiniani mota fuit seditio in Constantinopoli in quâ plusquàm triginta millia hominum occisi fuere. Procop. *lib. 1. belli Persici*, Zonaras *tom. 3.* Quid magis destruxit Romanam Monarchiam, quæ ab Arabe usque ad Indum totum Orbem subjugavit, nisi nefandæ Civium Seditiones? Deplorat hoc Lucanus *lib. 1. de bello Pharsalico.*

Dividitur ferrô Regnum, populíque potentis,
Quæ mare, quæ terras, quæ totum possides orbem
Non cessit fortuna duos.

Seditiones enim sunt ruina potentioris Monarchiæ Veget. *lib. 3: Nulla quamvis sit minima natio, citò potest ab adversariis deleri, nisi propriis simultatibus se ipsam consecerit.* Furorem vocat Seditionem Lucanus *d. lib. 1.*

Qui furor O! Cives! quæ tanta licentia ferri.

Nulli enim triumphi, nullæ Gloriæ ex seditionibus consequi possunt, sed solùm Miseriæ & Regnorum ruinæ. Lucanus *d. lib. 1.*

Bellag geri placuit nullos habitura triumphos.

Si lex Divina, ùt suprà vidimus, tantam pœnam mortis in seditiosos statuit, quid facient leges humanæ? Omni enim Jure punitur Seditio. Jure Civili Romanorum Seditio seu tumultus connumeratur inter Crimina Læsæ Majestatis, *l. 1. in fine ff. ad leg. Juliam Majestatis*, sicque pœna seditionis erit amissio vitæ, & bonorum confiscatio, §. *Publica 3. Inst. de publicis judiciis l. 1 in fin. ff. ad leg. Juliam Majestatis.* Et non solum Ethnici & Gentiles Seditionis Crimen castigabant, ùt refert Pontifex in *can. conjurationum* 21. & 22. *Caus.* 11. *q.* 1. sed etiam Jure Canonico Seditio est reprobata, *dict. Can.* 21. & 22.; Constituitur enim hoc Jure, quòd si Clericus Sedidionem aut Conspirationem moverit, 161

M depo-

deponatur, vel degradetur à Clericatu, & Curiæ Seculari tradatur. *can.* 18. 21. 22. 23. *&* 24. 11. *q.* 1. Undè propter tantam atrocitatem criminis, quamvis regulariter socius criminis de consociis interrogari non possit *l. fin. Cod. de accusationibus cap.* 1. *de confessis*, *Can. nomini* 15. *q.* 3. *leg. liber Cod. de Testibus*, eò quia delinquens confitendo delictum se infamem esse declarat, Anchar. *Cons.* 189. & infamis à testimonio repellitur *Can. in primis Causa* 2.
162 *q.* 1. Alexand. *Cons.* 11. *n.* 4. *vol.* 1. latè D. Ludovicus de Paguera *decis.* 5. *an.* 1. tamen in crimine Seditionis & Conspirationis socius potest de Consociis interrogari, & in capite sociorum torqueri *Cap. fin. de testibus cogendis Can. si quis* 6. *q. Can. Si quis Papa dist.* 79. Campeg. *in tract. de testibus reg.* 86. *fallent. ultima*, Marsilius *Cons.* 1. *n.* 32. *& Cons.* 109. *n.* 2. pluribus D. Ludovicus de Paguera *d. decis.* 5. *n.* 17. Fugiat, fugiat igitur Plebs Seditiones, & tumultus, quia nihil perniciosius Monarchiæ con-
163 servationi poterit inveniri. His visis jam facilis est cognoscere Plebisciti definitionem: Justinianus *in* §. *Plebiscitum* 5. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* sic Plebiscitum definivit: *Jus quod Plebs Plebejo Magistratu interrogante veluti Tribuno constituebat.* Similem definitionem adduxit Pontifex in *Can.* 2. *dist.* 2. dicens: quod *Plebiscita sunt, quæ Plebes tantum constituunt*, addens, quod Plebiscita ideò dicuntur, vel quod plebs ea sciscat, vel quia Plebs sciscitatur, seu rogatur, ut fiant. De Plebiscitis egerunt, & tractârunt Connanus *lib.* 1. *Com. cap.* 13. Albericus Gentilis *lib.* 3. *lect.* 2. Mercer. *lib.* 2. *opin. cap.* 15. Donellus *lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. D.* & ibi Hylligerus in notis, Antonius Goveanus ad tit. *de leg. Falcidia Præfatio. a n:* 1. & *lib.* 1. *Var. cap.* 22. Ferebantur Plebiscita eilsdem solemnitatibus, quibus leges per sponsionem, & quasi stipulationem, &

non

non ab alio Magistratu, quàm a Tribuno Plebis solùm in tributis Comitiis, Osualdus, *d. cap.* 8. *lit. D.* De hac specie Plebiscitorum fuerunt lex Falcidia quæ lata fuit à Falcidio Tribuno plebis, Gratianus & Isidorus *in Can. quædam dist.* 2. ex Dione & Eusebio Goveanus in *tit. ad leg. Falcidiam in Præfatio. n.* 2. lex Aquilia lata ab Aquilo Tribuno plebis. Mynsing. in rub. *ad legem Aquiliam n. fin.* Donellus *lib.* 1. *cap.* 8. *lit. D.* nec difficultatem facit, quòd lex Falcidia, & Aquilia leges nominentur, & non Plebiscita; sicque inferri videtur, Plebiscita à legibus non distingui, quod est contra Justinianum *in* §. *constat autem* 3. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* Quià respondetur cum Goveano, ubi suprà n. 2. quòd postquàm lege Hortensiâ dedit tantam Authoritatem Hortensius Plebiscitis, quantam leges habebant, Plebiscita & leges solùm differunt quo ad originem, non autem quoad vim & robur legis, sicque communiter Plebiscita leges appellantur, Goveanus *d. n.* 2. Donellus 1. *Com. cap.* 8. *lit. D.* vel dicuntur leges Tribunitiæ, Cicero *lib.* 3 *de legibus*, & *in Orat. pro leg. Agraria*, Gellius *lib.* 10. *noct. attic. cap.* 20. Plinius *lib.* 6. *nat. hist.* Mynsing. *in d.* §. *Plebiscitum n.* 2. Hæc definitio explicatur eodem modo, quô suprà n. 121. definitionem legis explicavi.

Contrà hunc §. *Plebiscitum* obstant argumenta quæ supra de lege adduxi n. 141. 142. 143. 144. & 145. Præterea obstat, quia lex seù Jus debet esse generale, & omnibus commune. *Can. erit autem* 2. *dist.* 4. & omnes debet obligare, *leg.* 1. *&* 2. *ff. de legibus* Faber in *papin. tit.* 2. *prin.* 6; sed Plebiscita ante legem Hortensiam non erant communia & generalia, neque omnes òbligabant, sed solùm Plebejos. Osualdus *lib.* 1. *cap.* 8. *lit. D.* Ergo Plebiscita non possunt esse Jus, nec Juris 164

 species

species. Respondetur solutione insinuatâ ab Antonio Fabro *in pap. tit. 2. prin. 6. ill. 3.* quòd solùm Plebiscita tanquam jus tunc propriè valere cæperunt, quando lege Horatiâ, & posteà lege Hortensia habuerunt potestatem obligandi omnes Cives, & omnes de populo, non autem anteà, ad quod tempus est referendus Justinianus in §. *constat 3. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* quando dicit, quòd Plebiscita sunt Juris Civilis scripti species: Unde mira sunt in hoc verba Consulti in *leg. 2. §. 8. ff. de Orig. Jur.* dicentis, quod post legem Hortensiam leges & Plebiscita tantùm differunt specie constituendi, potestate autem quòd sunt eadem, Vinnius *in d. §. Plebiscitum.* Faber *d. ill. 3.* sicque propter hanc potestatem Plebiscita potuerunt derogare leges 12. tab. *l. 1. ff. ad Leg. Aquiliam*, Faber loco proximè citato.

165 Prosequitur Consultus historiam Originis *Jur.* in *d. l. 2. §. 9. ff. de Orig. Jur.* & refert, quòd postquàm Populus & Plebs suas leges, & Plebiscita condebant, evenit quòd Populus, & Plebs non poterant, sicut conveniebat, in unum congregari ad leges condendas, & quod ideò æquum visum fuit Senatum vice Populi consuli, & quod Senatus leges seu Senatus Consulta conderet, Justinianus in §. *Senatus Consultum 6. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili.* Illum explicandum aggrediamur, sed à à longinquis fontibus opus est aquam dedu-

166 cere: Postquàm Romulus primus Rex Romanorum Urbem suam Romam Gentibus ampliatam vidit, ut posset se bene gubernare, & Rempublicam gerere, centum Viros suos Consiliarios elegit, Titus Livius *lib. 1. decat. 1.* D. Franciscus de Amaya ad *l. fin. Cod. de Decurionibus cap. 1. n. 48.* Qui dicti fuêre Senatores (& omnes congregati faciebant Senatum) vel à nòmine Centum, quia Centum

Centum ſolum erant Senatores, quæ tamen Ethimologia mihi non quadrat propter diverſitatem literæ; quia nomen *Centum* ſcribitur cum C. & nomen *Senator* & *Senatus* cum S.; ſi petas rationem, quare Romulus tantùm elegit Centum Senatores, & non amplius, ſatisfaciet Livius *d. lib.* 1. eò, quia vel non indigebat Romulus majori numero Virorum, ut bene regeret Civitatem, vel quia non fuerunt inventi alii præter Centum, qui ad tantum Munus idonei eſſent: Verum autem equidem eſt, quòd poſt Romulum Rex Tarquinius alios Centum Senatores ſupplevit, qui minorum Gentium dicebantur. Titus Livius *lib.* 1. Halicarnaſſeus *lib.* 2. *antiq.* Tacitus *lib.* 11. Annal. Juſtus Lipſius, & Dorleanus ibidem, Roſinus *lib.* 7. *antiq. cap.* 5. *in fine.* Petrus Gregorius *lib.* 47. *Sintag. cap.* 16. *n.* 3. Bulengerus *lib.* 3. *de Imp. Rom. cap.* 1. aliis citatis D. Franciſcus de Amaya, ubi ſupra. Vel dicti fuere Senatores à nomine Senex, ſeu Senio, quia erant Seniores ex Populo. Langius in Polyanth. verbo *Senator*, & propter ætatem ſeu honorem dicti fuere Patres Conſcripti. Livius *d. lib.* 1. *decad.* 1. Vel dicti fuere Senatores à verbo *Sinendo*; quia nihil plus licebat Magiſtratibus, quàm Senatus ſineret, & permitteret. Langius ubi ſupra.

Politicè proceſſit Romulus Senatores & Con- 197
ſiliarios ſibi in regimine Monarchiæ adjungendo, ut enim Reſpublica ſit optimè adminiſtrata, neceſſarium eſt, quòd multos Conſiliarios, & Senatores habeat. D. Ludovicus de Peguera *in Pract. Crim. cap.* 8. *n.* 9. Nihil enim in Republica ſinè Conſiliariis bene geri poteſt. Cecinit hoc Sacer Legiſlator *in Deuter. Gens abſque Conſilio, & ſine prudentia utinam ſaperent, & intelligerent, ac noviſſima providerent.* & *Proverb. cap.* 8. *Qui agunt omnia cum Con-*

filio, reguntur Sapientiâ. Princeps enim bonus fit à bonis & prudentibus Consiliariis, Tacitus *lib.* 13. *Annal: est prudentum Consiliariorum irritatum Principis animum lenire, non accendere, & detractatorum ac delatorum fraudibus obviam ire.* Fridericus Furius de Consiliis & Consiliariis Principum hæc mirabilia verba profert: *Princeps sibi persuadeat Consiliariis æquè ac sibi pane, quo vescitur opus esse, idque ut veritatis audiendæ sibi còpia sit,* celebris fuit Antoninus Pius Romanus Imp., qui nihil solitus fuit agere, de quo priùs non conferret cum gravibus viris, dicens: *Æquius est, ut ego tot, taliumque amicorum consilium sequar, quam ut tot talesque amici meam unius sequantur voluntatem*: Testatur Julius Capitolinus. Quàm contrariè processit ille infelix Justinianus 2. qui cùm non sequeretur Consilia Consiliariorum, sed sua propria, maxima incommoda Romano Imperio attulit, ùt refert Cuspinianus allegatus à Poliant. verbo: *Consilium*; quàm bene ad intentum Menander Græcus Poëta dixit:

Consilio enim recto nihil tutius
Sacrum quid verò est Consilium.

Plato ad Perseum

Res est profectò Sacra, Consultatio.

Alexander Severus Imperator Romanus sexdecim maximæ authoritatis, à Consiliis viros sibi elegit, qui eum in Regimine Imperii dirigebant, Lampridius, D. Ludovicus de Paguera *d. cap.* 8. *n.* 9. Vetus fuit iste usus, quod Principes Consiliarios haberent, à quibus consilium acciperent, Pharaon Rex Ægypti, ùt refert Sacer tex. *Exod. cap.* 41. accepit Joseph sibi in Consiliarium & dixit: *Tu eris super domum meam, & ad tui Oris Imperium cunctu. Populus obediet, uno tantum Regni solio te præcedam.* O!

O! maxima Dignitas Senatorum & Consiliariorum Regum! Approbavit hunc Consiliariorum usum Deus O. M. *Exodi cap.* 4. quando Moysi Duci Populi Israël dedit fratrem Aaron eloquentem in Consiliarium, & Ministrum. Senator Antonius de Vilaplana *in vers.* 6. *Constit : item ne super laudemio n.* 348. similiter Deus O. M. *lib.* 1. *Machab. cap.* 2. Mortuò Mathathia Populo Israël in Ducem dedit Judam & Simonem in Consiliarium ibi: *Et ecce Simon frater vester scio quod Vir Consilii est, ipsum audite semper, & ipse erit vobis Pater.* Alia multa de necessitate, & utilitate Consilii adducit D. Joannes Solorsano *emblem.* 45. *tota.* Tanti enim D. O. M. Senatores & Consiliarios approbavit. Quid dicam de Principibus hujus mundi? Reges enim, & Principes tantam Dignitatem Senatoribus & Consiliariis dederunt, ut etiam ipsi voluerint inter Senatores connumerari. *leg. Jus Senatorum Cod. de Dignitatibus*, & sunt, & appellantur pars Corporis Principis *l. quisquis Cod. ad l. Juliam Majestatis. leg. humanum Cod. de legibus* & , qui Senatores occidit, vel aliquid contra eos machinatur, dicitur in Principem machinâsse, & Crimen Læsæ Majestatis committit. *l. quisquis Cod. ad leg. Juliam Majestatis.* Farinacius de crim. Læsæ Majest. *q.* 112. *in p.* 1. *n.* 64. *in* 4. *volum.*, ità observatam in Senatu Neapolis tradit Puteus de Sindicatu *tit. de excess. Consiliar. n. fin.* Capycius *decis.* 130. *n.* 43. Clarus in pract. crim. §. *Læsæ Majest. n.* 5. Fontanella de pact. nup. *Claus* 3. *glos.* 1. *n.* 4. & sic Senatores tantâ dignitate fulgent in nostro Principatu, quòd in Processionibus solemnibus ad latus Pro-Regis associati omnes alios titulos & dignitates præcedunt, ùt cum regia epistola data in Aranjuez 12. Martii 1608. testatur Fontanella ubi *supra n.* 7. *præeminentiis Senatorum & Consiliariorum Regum*, latè

latè Cuyacius in paratitl. *Cod. de Primicer. lib.* 12. Zosius in *leg.* 2. *de Orig. Jur.* Pancirolus in *notit. veter. imp. lib.* 1. *cap.* 2. Cassaneus in Catalog. gloriæ mundi 4. *p. Conf.* 29. Mastrillo *de Magistr. lib.* 5. *cap.* 12. aliis citatis Solorsano *emblem.* 47. *an.* 29.

168 - Hos Centum Senatores elegit Romulus de Senioribus Populi, in quo maxima ejus viguit Politica, eò quia Consiliarii Principum, & Senatores debent esse maturâ senectute insigniti, quâ de causâ sæpè sæpius in sacra pagina Judices & Senatores dicuntur seniores populi *cap.* 21. *Deuter. Math. cap.* 16. In senibus enim scientia, & prudentia invenitur *Job. cap.* 12. *In antiquis est sapientia, & in multo tempore Prudentia.* Euripides in Bellerophonte.

Seniorum autem sententiæ sapientia præstant.

Item in Menalippe.

Consilia autem Seniorum vim habere.

Ovidius *lib.* 9. *Metham.*

Jura Senes norint, & quid liceátque, nefásque,
Fasque sit inquirant, legúmque examina servent.

Declaravit hoc ille Philosophorum Princeps Aristoteles, dum dixit *lib.* 7. *Physic. Infantes, ità bene sentire*, id est, *judicare non possunt, sicut Senes*, & *lib.* 7. *Politicor. Potentia autem est in Junioribus, Prudentia in Senioribus.* Quâ de causa multùm fuit æstimata senectus à Deo O. M. *Proverb. cap.* 16. *Coronæ dignitatis effectus.* & *cap.* 20. *Dignitas Senum Canities. cap.* 8. *Eccles. ne spernes hominem in sua senectute.* Quâ de causâ multa privilegia concessa fuerunt Senibus à legibus Romanis: Excusatio à tutela §. *item* 13. *Inst. de excus. Tutor. & Curator*: à muneribus publicis personalibus. *leg. unic. Cod. qui ætate se excusant.* Fontanella

nella de pact. Nupt. *Clauf.* 4. *glof.* 10. *p.* 1. *n.* 127. alia pluribus citatis apud D. Franciscum de Amaya *ad leg.* 46. *Cod. de Decurio.* *n.* 5 . de senectutis encomiis. Peirinis *tom.* 1. *q.* 2. *cap.* 1. *n.* 3. latissimè.

Ex istis Centum senioribus Viris componebatur Senatus Romanus, cujus & aliorum similium imago figuretur hoc doctissimo Emblemate 144. Andreæ Alciati. 169

Effigies manibus truncæ ante Altaria Divûm
Hinc resident quarum lumine capta prior.
Signa potestatis summæ, sanctique Senatus
Thebanis fuerat ista reperta Viris.
Cur resident? quia mente graves decet esse quieta
Juridicos, animo nec variare levi.
Cur sine sunt manibus? capiant ne Xenia, nec se
Pollicitis flecti, muneribusve sinant.
Cœcus at est Princeps, quod solis auribus absque
Affectu constans jussa Senatus agit.

In hoc Senatu ante Reges exactos, Reges ipsi præsidebant; exactis autem Regibus, ut suprà vidimus n. 21. & erectis Consulibus, Consules præsidebant: Consules dicti fuêre à consulendo, quia reipublicæ consulebant. Cassiodorus *lib.* 6. *cap.* 1. Fenestella *de Magistr. Rom. cap. de Consulibus.* Varro *lib.* 4. *de ling. latina.* Pomponius *in leg.* 2. §. *exactis de Orig. Juris.* Amaya ad *leg. fin. Cod. de Decurio. cap.* 1. *n.* 1. Ratio autem, cur Populus Romanus unum tantùm Consulem non erexit, sed duos, fuit, quia minùs grave, & molestum erat Imperium, si in duos Potestas erat divisa, ùt ex Halicarnassæo, & Libanio tradit Amaya ubi suprà n. 4. de hac dignitate Consulatus plura pluribus citatis tradit D. Franciscus de Amaya *ad d. leg. fin. Cod. de Decurio. cap.* 1. *per totum.*

170 Initio igitur (ùt fupra diximus) Populus in Kalatis Comitiis leges faciebat, poftea autem aucta mirum in modum Civitate, ùt difficile erat populum in unum congregari, æquum vifum fuit, Senatum vice populi confuli, id eft, quòd Senatus faeeret decreta, & Senatus Confulta (ùt ipfum nomen indicat) quæ vim legis obtinerent, Ratio igitur, cur Senatus-Confulta introducta. pma. & principalis ùt tradunt Conf. *in lib.* 2. §. 9. *de Orig. Jur.* & Juftinianus *in* §. *Senatus Confultum* 6. *Inft. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* fuit, quia cùm multitudo pariat confufionem, & difficile fit, multam gentem in unam partem congregari; & quia ità auctus erat Populus Romanus, quòd infiniti erant incolæ Romanæ urbis: hac de caufa eveniebat, quòd leges non poterant fieri tam citò, quam neceffitas exigebat, & fic vifum fuit Populo Romano, quòd Senatus leges vice populi conderet. Seca. ratio eft, quia Comitia tantùm kaleabantur feu convocabantur bis in anno, ùt tradit D. Jofephus Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 10. ad aliud intentum; & fic non femper & quotiescunque neceffitas & utilitas petebat, poterant leges fieri; fed debebat expectari tempus Comitiorum: In Senatu autem diverfa prorfùs ratio erat, quia Senatores quotidie fere in Senatu congregabantur. Aliter difcurrit Vinnius *in d.* §. *Senatus Conf.* & aliam rationem adducit, fcilicet, quòd Senatus vice populi fecit leges ob aftutiam Cæfarum, ut fic poteftas populi paulatim diminueretur. Qui-
171 bus vifis Juftinianus in §. *Senatus Confultum* 6. *Ins. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* fic definivit Senatus Confultum: *Jus, quod Senatus jubet, atque conftituit.* Similis fuit definitio Gratiani in Can. *Senatus Conf.* 3. *dift.* 2. dicentis, quòd Senatus Confultum eft, *quod tantùm Senatores populis confulendo decernunt.* Quam defini-

definitionem explicârunt & de Senatus Consultis egerunt Brissonius *lib. 2. formul. pag.* 164. Connanus 1. *Com. cap.* 14. Corasius *ad d. l. 9. ff. de legibus* Petrus Gregorius Tholosanus *lib.* 47. *Sintag. cap.* 25. Antonius Muretus *ad l. 9. de legibus*. Petrus Faber *lib.* 1. *Senest. cap. ulo.* Cujacius *lib.* 1. *obs. cap.* 18. Donellus *lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. e.* & ibi Osualdus in *notis*. Antonius Faber in *papin. tit.* 2. *prin.* 7. *illar.* 3. & 4. Quæ definitio ex semetipsa constat; solùm notandum est, quòd eadem formulâ fiebant Senatus Consulta, sicut leges; id est, quòd sicut Populus interrogabatur à Consule, an vellet talem legem condere; ità similiter Senatores interrogabantur à Consule, an vellent leges facere, & illi respondebant affirmativé, vel negativè. De duplici modo condendi Senatûs Consultum, scilicet per discessionem, & per collectionem, mentionem facit, & explicat Osualdus *d. cap.* 8. *lit. e.* 172
Quamvis tamen hæc definito Senatus Consulti in se clara sit, plures tamen contra eam, & contra Justin. in *d.* §. *Senatus Conf.* oriuntur difficultates: Sit prima, quia si Senatus posset condere Senatus Consulta seu Jus, ideò esset, quia Populus ei dedit talem potestatem leges condendi, ut sic tenet Justin. *in d.* §. *Senatus Conf.* sed Populus non potuit dare talem potestatem condendi leges Senatui: Nam si talem potestatem condendi leges Populus Senatui dedisset, non potuisset posteà eam facultatem condendi leges in Principem lege reglâ transferre §. *sed quod Principi* 7. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.* eò quia nemo plus Juris in alium transferre potest, quàm ipse haberet. *l. nemo* 24. *ff. de reg. Jur. l.* 120. *ff. ead. l.* 20. *ff. de adq. rer. dom. cap. nemo* 79. *de reg. Juris, in* 6. & quia nemo dat, quod non habet. Seneca 5. *Controv. cap.* 12. Ergo Senatus non potest Jus, & leges condere. Haec

tamen difficultatem evades, si bene notas, quòd quamvis Populus Romanus propter necessitatem condendi leges concesserit Senatui facultatem, & potestatem eas condendi, non tamen concessit Senatui hanc potestatem ùt principali, sed ùt substituto; & sic potestas condendi leges in habitu semper in populo radicata remansit usque ad legem regiam, de quâ posteà; quamvìs exercitium jura condendi fuerit in Senatu uti subrogato & substituto populi, quod denotant illa verba non sine mysterio à Justiniano apposita in tex. ibi: *Senatum Vice populi consuli*, nomen enim *Vice* denotat substitutum, & subrogatum: Sic D. Petrus & Successores Pontifices dicuntur Vice Dei, eò quia Deus eos in Ecclesia militante subrogavit *Math. cap.* 16. *& quodcunque ligaveris super terram, erit ligatum & in cœlis.* Sic Prorex dicitur Vice-Rex, quia à Rege est subrogatus & substitutus.

173 Secunda difficultas est, quia ùt anteà no. 172. dixi, nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse haberet; sed Populus Romanus nunquam habuit potestatem & facultatem condendi leges: Quod convincitur ex eo, quia ùt legitur *in cap.* 20. *&* 21. *Exod.* Deus O. M. nunquam permisit, quòd Populus Israëliticus sibi leges conderet, sed Deus ei leges dedit *cap.* 21. ibi. *hæc sunt judicia, quæ propones eis.* 2ò. quia Deus O. M. non permisit, quod Populus Israël sibi Ducem & Regem eligeret, *cap.* 3. *&* 4. *Exod.* sed Moysem in Ducem Populo Israëlitico elegit, ùt bene ponderat Senator Antonius à Vilaplana in *Vers.* 6. *Constit. item ne super Laudemio n.* 359. Ergó Populus non potuit Senatui ùt Substituto suo dare facultatem condendi leges. Quæ ratio dubitandi etiam obstat contra §. *tex.* §. *lex Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili*, & contra ea, quæ diximus suprà n. 121.

Hæc

Hæc difficultas dissolvitur dicendo, quòd speciale erat inter omnes alios Populos, quod Populus Israël non conderet sibi leges, neque Regem eligeret, & ratio specialitatis erat, quia cùm Populus Israël esset Populus Dei *cap.* 5. *Exodi.* Hæc dicit Dominus Israel: *dimittite Populum meum, ut sacrificet mihi in deserto. cap.* 8. 9. *Exodi.* & Deus dicebatur Dominus Israël, & Hebræorum *cap.* 5. & 9. *Exodi*, hâc de causa Deus illis dabat leges, quibus regerentur, & Duces, qui eos regerent. Sicuti nunc post legem regiam Principes Domini populorum condunt leges populi, §. *sed quod Principi placuit Inst. de Jur. Nat. Gent & Civili.* de quo infrà.

32. Difficultas est, quia Jura & leges, quas faciebat Senatus, non dicebantur Senatus Consulta, sed Orationes & Constitutiones Principum & Imperatorum. Ergò Senatus non poterat leges facere; Antecedens probatur ex pluribus textibus 1ò. ex §. *ex eo autem* 7. *Inst. quibus testam infirmentur.* Ubi quoddam SC. dicitur Oratio D. Imperatoris Pertinacis, Julius Capitolinus *in Pertinace.* 2ò. ex leg. *Oratione* 17. *ff. de ritu nupt.* ibi quoddam Senatus Consultum dicitur Oratio D. Marci. 3ò. quia Oratio D. Imperatoris Hadriani, de qua in *leg.* 12. *de petitione hæred.* dicitur Senatus-Consultu *l.* 20. §. 6. & *leg.* 21. *ff. de petitione hæred.* Enodabitur difficultas, si observamus modum & ritum, quo Romanus Senatus Senatus Consulta condebat, hoc scilicet modò, quòd antequam Senatores legem condebant, Imperator seu Princeps orabat in Senatu, aut Orationem scriptam in Senatu mittebat ad persuadendum Senatoribus, quòd tale jus, seù Legẽ conderet. Arnoldus Vinius in §. 7. *quibus modis testam. infirmentur*, & *in prin. tit. Inst. de SC. Orphitiano.* & sic Senatus Consulta aliquoties 174

dicebantur talia à Consulibus, quorum tempore condebantur v. g. Senatus Consultum *Trebellianum*: *Servilianum* à Servilio Consule §. 2. *Inst. de SC. Tertuliano*; *Orficianum* à Consule Orficio *prin. tit. Inst. de SC. Orficiano*: vel à Persona, quæ dabat occasionem, ut SC. conderetur v. gâ. *Macedonianum* Senatus Consultum à scelerato homine Macedone *l.* 1. *ff. ad SC. Macedonianum*, vel dicebantur Senatus Consulta talia à Principe, & Imperatore, qui in eis condendis orabat, quomodo intelliguntur textus in arguměto adducti; eò quia Orationes Imperatorum in Senatu habitæ solebant Senatûs Consultis confirmari, Cujacius *lib.* 1. *obs. cap.* 18. & ex eo aliis citatis Osualdus ad Donel. *lib.* 1. *Com. cap.* 8. *lit. ff.*

175 Quarta difficultas gravissima insurgit ex textu *in Can. Senatus Consultum* 3. *dist.* 2. ubi dicit Gratianus, quòd Senatus Consultum est, *quod tantum Senatores populis consulendo decernunt*: Sic enim ponderatur difficultas, quia certissimum est principium in utroque jure, quod lex non consulit, sed imperet, *l. virtus legis* 7. *ff. de legibus. Can.* 4. *dist.* 3. Antonius Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 6. *illat.* 2. *& tit.* 6. *prin.* 1. Sic Leges, quas Deus O. M. dedit Populo Israelitico præcepta dicebantur *cap.* 4. 6. 8. 11. 12. 27. *Deuteronomii.* Tum quia Jus sicut judicium redditur in invitum *l.* 83. §. 1. *ff. de V. O.* Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 5. Consilium autem solùm redditur in volentem consilium sequi, *cap. cum olim de arbitris* D. Antonius Gratia Nieto *in cap.* 1. *de foro compet. n.* 11. sed asseruerat Gratianus *in d. Can. Senatus Consultum* 3. *dist.* 2. quod Senatus constituebat Senatus Consulta, consulendo, seu dando Consilium Populo Romano: Ergo Senatus Consulta non sunt jus, nec obtinent virtutem legis. Difficultatis solutionem insinuavit mihi D. Antonius

tonius Gratia Nieto in *catena jurium lib. 2. Decretal. tit. 2. cap. 1. de foro competenti n. 11.* dicendo, quòd Verbum *Consilium* & *consulere* sumitur pro *præcepto* & *præcipere*, præcipuè in illo casu, quo personæ, quæ possunt imperare, dant consilium, tunc enim idem importat consilium, ac præceptum, & sic intelligit Gratianus verbum *Consilium* positum, *in cap: 1. de foro compet.*; cùm autem Senatus ex populi facultate & subrogatione posset imperare in singulos Cives, idem erat consulere, ac imperare, & sic intelligendus est Gratianus *in d. Can. 3. dist. 2.* scilicet, quòd Senatus Consultum est Jus, quod tantùm Senatores populis præcipiendo decernunt; vel si mavis, dic, quod Senatores tempore liberæ reipublicæ ante legem regiam solùm consulebant populo talem Legem seu Jus fieri; populus autem per patientiam, & non contradicendo, autoritatem legis & præcepti Senatus Consulto dabat, quod insinuavit Faber *in papin. tit. 2. prin. 6. illat. 3.* vel non erant jus, nisi Senatus Consulta confirmâsset Populus, Polybius *lib. 6.* Halycarnassæus *lib. 4. & 2.* Vinnius in hoc §.

Quinta difficultas insurgit ex lege: *non ambigitur 9. ff. de legibus.* ubi Consultus dicit, quòd non est ambigendum, quòd Senatus jus facere possit. Sicque Consultus absolutè tribuit Senatui potestatem Juris condendi, non autem vice populi, & ùt substituto populi: Ergò malè Justinianus in d. §. *Senatus Consultum* dicit, quòd Populus Senatui ùt suo substituto tribuit legis seu Juris condendi potestatem. Relicto Antonio Fabro *in papinianea tit. 2. prin. 7. ill. 3.* qui dictam legem 9. non tangit pro hac difficultate; neque enim textus est intelligendus de Judiciis Centumviralibus; quia Centum viri, qui cognoscebant de causis hæreditatis, & testamentorum non erant Senatores, de quibus cen-

Centumviris aliis citatis Don Josephus Retes *in adversariis ad tit. de inoffic. testam. cap.* 16. *n.* 7., duas ego dictæ *legi* 9. *ff. de legibus*, applico intelligentias. Prima quòd Consultus itelligitur, quòd Senatus jus facere potest vice-Populi, & ùt subrogatus populi. Secunda Intelligentia est, quòd dicta lex 9. intelligitur de quibusdam decretis annuis, quæ faciebat Senatus, quibus solùm Senatores, non autem Populus & Plebs tenebantur: Sicuti quodlibet Collegium & Congregatio approbata potest intrà suæ Congregationis septa jura & statuta facere, *cap.* 6. *&* 8. *de Constitutionibus*, Andreas Vallensis *in parat. it. ad tit. de Constitutionibus* §. 2. *leg.* 1. §. *ff. quod cujusque Universitatis.* Compostellanus *in cap.* 6. *de Constit.* Vivianus *in rationibus Juris Canonici in eod. cap.* usque dum Populus Senatui dedit, uti substituto potestatem legis condendæ.

178 Non admittendus tamen Vinnius in hoc §. *Senatus Consultum*, dum dicit, quòd dicta lex 9. *de legibus*, est intelligenda de tempore non liberæ Reipublicæ, quando Tiberius Cæsar abstulit comitia, & ad Patres transtulit: Julius enim Cæsar adhuc non ademerat jus comitiorum Populo, sed cum eo partitus fuerat: Quis enim non vidit errorem! quia antequam Populus lege regiâ in Principem potestatem condendi legem transtulisset, jam ex sua libenti voluntate absque abreptione Principũ, Senatui vices suas dedit, quod denotant illa verba: *æquum visum fuit*, quia quod æquum videtur, libenter & sinè violentia fit. 2ò. quia si collocationi §. §. Justiniani fides aliqua adhibenda est, priùs ponit Imperator §. *Senatus-Consultum* quàm §. *sed quod primùm placuit*, in quo lex regia initium habuit: Ergò signum est, quòd priùs Populus Senatui vices suas dedit, quàm Principi, & in Principem lege regia potestatem condendi

leges

leges dederit. 3ò. quia Senatus-Consultum Syllanianum latum fuit tempore Augusti Cæsaris Tauro & Lepido Consulibus, ùt fatetur Consultus in *l.* 13. *ff. ad SC. Syllanian.* Gothofredus in *Inscriptione tit. ff. de SC. Syllaniano*; sed Imperator Augustus regnavit ante Tiberium, ùt constat ex omnibus historiatoribus. Ergò ante Tiberium jam Senatus faciebat Senatus-Consulta, & sic Tiberius non dedit Senatui jus Comitiorum & condendi leges. Nec suffragatur Vinnio authoritas Bodini *lib.* 1. *de Republ. cap.* 10. & Taciti *lib.* 1. *annal.* qui dicunt, quòd Tiberius Cæsar Senatui Romano primus impertitus fuit legis condendæ potestatem; quia non est tanti ponderis authoritas Bodini, & Taciti, ut contrà Justinianum in §. *Senatus Cons.* & Pomponium *in l.* 2. §. 9. *de Orig. Jur.* eos defendamus; maximè tàm præponderantibus rationibus suprà adductis. Unum tamen obiter advertendum est, quo Constitutio §. *Senatus-Consultum Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil.* fuit derogata translatô Romano Imperio in Orientem; Nam Imperator Leo Philosophus ademit Senatui facultatem & potestatem condendi leges, & Senatus-Consulta, *Novella Leonis* 78. Vinnius in d. §. *Senatus-Cons.*

Duo supersunt mihi nunc ennucleanda Juris 179
Capita, seu species, ùt huic primo Capiti finem & ultimam manum imponam, scilicet Jus Prætorium, seu Prætorum Edicta, & Principum placita, seu Constitutiones, & dubius nescio à quo ex his incipiam, vel quòd ex his juribus primum ponam; Video enim inter se summè contrarios Justinianum & Pomponium: Justinianus enim in tit. *de Jure Nat. Gent. & Civili* priùs in §. *sed quod Principi placuit* 6. egit de Principum placitis, & posteà in §. *Prætorum* 7. tractavit de Jure Prætorio: Con-

trà autem Pomponius in *l.* 1. *ff. de Orig. Juris.* priùs in §. 10. egit de Edictis Prætorum, & posteà in §. 11. de Principum Constitutionibus tractavit. Et si meum sensum liberè aperire possum, melius in continuatione temporum, & Originis juris processit Pomponius, quàm Tribonianus, quia multò tempore antè fuerunt Prætores in Urbe Romana, quàm Cæsares, & Imperatores: Julius enim Cæsar primus Romanorum Imperator duos Prætores antiquo Prætorum numero adjecit *l.* 2. §. 32. *ff. de Orig. Jur.* & sic Tribonianus meliùs fecisset, si ordinem Pomponii *in d. l.* 2. §. 10. *&* 11. secutus fuisset: Attamen quamvis in nostro Jure non sit multùm de continuatione §§. curandum, quia tamen ego incepi insequi Ordinem Pomponii in *d. l.* 2. *de Orig. Jur.* juxtà nativam Juris originem in superioribus adductam, eum prosequendo, ad Edicta Prætorum & principale insti-
180 tutũ hujus primi capitis devenire magis opportunũ existimavi. JurisConsultus Pomponius *in l.* 2. §. 14. *& seqq. ff. de Orig. Jur.* refert, & adducit originẽ omnium Magistratuũ Romanorum, quos ego in præsenti non refero, quia illi ibi apud Consultum videri possunt, & apud Pomponium Lætum, Fenestellam *de Rom. Magistrat.* Personium *de Rom. & Græcor. Magistratibus*; solùm de Prætore, de quo institutum postu-
181 lat, agam. Originem Prætoris Magistratus enarrat Pomponius in *d. l.* 2. §. *cumque* 27. *ff. de Orig. Jur.* quæ sic fuit. Cùm celebris & bellicosus Populus Romanus cum multis remotis Orbis Gentibus bella gereret, totúmque Orbem ad suum dominium vellet subjugare, juxtà illud Barclaii: *Nondum Orbis adoraverat Romam*, necesse erat, quòd Consules Civitatis Romanæ, ut Exercitus regerent, in remotas Provincias abirent, & ab Urbe Romana abessent; undè sequebatur, quòd in Urbe Romana deficie-

ficiebant, qui Jus Civibus Romanis dicerent, quales erant Consules: Quâ de causa, hac impellente necessitate, visum fuit, quòd ex Patribus seu Senatoribus crearetur unus Magistratus, qui Prætor nuncupatus fuit, ùt ex Livio & Fenestella refert Mynsinger in §. *Prætorum* 7. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil. l.* 2. §. 27. *ff. de Orig. Jur.* quòd evenit annô ab Urbe conditâ 360. ùt refert Mynsinger ubi su- 182
prà. Prætor dictus à verbo *Præsum*, vel à verbo *Præeo* ob duplicem rationem, vel quia Prætor præibat omnibus Senatoribus, ex quibus eligebatur; vel quia Prætor juri præerat, jus reddendo, & declarando. Maximam habebat authoritatem Prætor in Urbe Romana similem dignitati Consulari; Sicut enim Consules ante se ferebant Lictores cum fascibus, ità etiam Prætori Lictores cum fascibus præibant, sicuti Consules utebantur Sella Curuli, & trabea candida, ità Prætor his utebatur: Solùm in hoc minorem quàm Consules authoritatem habebat Prætor, quòd Prætor non poterat esse auctor convocandi Comitia consularia, in quibus creabantur Consules, Mynsinger. ubi suprà. Quià tamen tetigi de fascibus Consularibus, non tibi displicebit de hoc aliquid dicere: Tanta erat Majestas Consulum Romanorum, 183
quâ etiam utebatur Prætor, quòd quando Consules in publicum exibant per Civitatem Romanorum, Consulibus præibant Lictores, quorum unus, vel omnes fasces Virgarum securibus alligatas ferebant, per quas denotabatur potestas vapulandi, & occidendi. Tacitus *l.* 1. *annal.*: *Homines Germanos nunquam satis excusaturos, quod inter Albim & Rhenum Virgas & Secures, & togam viderint.* Ovidius *lib.* 1. *fastor.*

Jamque novi preeunt fasces, nova purpura fulget.
Juvenalis *Satira* 10. *vers.* 78.

Nam qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se
Continet.

Pluribus ſupradicta explicat D. Franciſcus de Amaya *in Cod. ad l. fin. de Decurionibus cap.* 1. *n.* 8. Sella Curulis erat Currus ex ebore confectus multis gradibus eminens, quô Conſules vehebantur, Caſſiodorus *in formul. Conſul.* 1. *lib.* 6. *Sellam Curulem pro ſua magnitudine multis gradibus eniſus aſcende*, Ovidius 1. *faſt.*

Et nova conſpicuum pondera ſentit ebur.

De his plura vide apud D. Franciſcum de Amaya capite ſupra citato.

Non ſolùm iſte Magiſtratus Prætor vocabatur,
184 ſed etiam milites, qui hunc Magiſtratũ Prætorem comitabantur, dicebantur Milites Prætoriani: Nam quando Prætor profecturus erat in aliquam Provinciam, ducebat milites in ſui præſidium, & cuſtodiam, & illi milites dicebantur milites Prætoriani, ùt ex Feſto, Dione *lib.* 15. tradit Amaya *in*
185 *Cod. ad leg.* 2. *Cod. de excuſat. Muner n.* 11. Iſti milites Prætoriani dicebantur Protectores, quia erant de protectione & cuſtodia Magiſtratûs & Prætoris, ſicuti hodiè ſolent Reges ſemper ſecum ferre Cuſtodes ſeu Protectores, & ità noſtri Reges Hiſpaniæ ſemper his cuſtodibus & protectoribus utuntur, vulgò *Guarda de la cuchilla*, *Guarda Eſpanola*, *Guarda Tudeſca.* Qui quidem uſus protectorum & cuſtodum nedum à Romana Politica deſcendit, ſed etiam eſt antiquiſſimus, & valde politicæ & Majeſtatl Regiæ conveniens. Deſcendit enim ex Sacra Scriptura *lib.* 3. *Reg. cap.* 4. ubi refertur de Maje-

Majestate Regis Salomonis, quòd Azarias filius Nathan erat Princeps Protectorum, Custodum, seu eorum, qui assistebant Salomoni; quod magis suadetur, quia Azarias interpretatur auxilium Domini, ad denotandum, quòd Protectores seu Custodes Regis sunt auxilium, quô Deus O. M. Reges adjuvat; apud Assyrios Rex Assuerus his custodibus & protectoribus muniebatur, ùt legitur *in lib. Esther. cap.* 3. quod Mardocheus nunciavit Assuero proditionem duorum Eunuchorum custodum Assueri. Apud Persas, ùt legitur *lib.* 3. *Esdræ cap.* 3. Darius Persarum Rex his custodibus & protectoribus defendebatur, Quod non solùm rationalis discursus inter homines introduxit, sed etiam brutalis instinctus inter animalia hoc docuit: Legitur enim apud Naturales, quòd Apes habent custodes & protectores, qui Regem suum circumeunt, & defendunt: Unde si tam præcellentes sunt hi Protectores & Custodes Regum, nihil mirum, quòd *lex* 9. *tit.* 9. *partit.* 2. his custodibus Regis & Protectoribus aliqua privilegia concesserit, latissimè D. Franciscus de Amaya loco suprà citato.

Hoc nomen, *Prætor* (si credimus Osualdo 186 1. *ad Donel. cap.* 8. *lit. G.*) duobus modis sumitur. pò. in generali & lata significatione, in quo sensu nomine Prætoris non solùm continetur Magistratus Prætoris, sed etiam omnes Magistratus, & ità Contius *lib.* 2. *lect.* 19. intelligit vocem *Prætorum in* §. 8. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil.*: & quamvìs magnus Cujacius *lib.* 1. *obs. cap.* 32. deneget hanc generalem & latam significationem, tamen eum rejiciunt Albericus Gentilis 1. *lect.* 12. & Osualdus *d. cap.* 8. *lit. G.* his rationibus: Pma. quia olim in Civitate Romana Consules vocabantur Prætores, Cicero *lib.* 3. *de legibus.* Contius

O 3 ubi

ubi suprà. 2da. quia nomine Prætoris Præses Provinciæ continetur, formalis tex. in *leg.* 15. *ff. de Jurisdictione*. 2ò. sumitur hoc nomen, *Prætor*, in speciali & stricta significatione pro eo Magistratu ex Patribus, qui jus in absentiam Consulum redderet, in quo sensu intelligitur §. *Prætorum* 8. *Inst. de Jur. Nat. Gent & Civ.* & in hoc sensu loquor in præsenti de Prætore.

187 Initiò Civitatis Romanæ & Originis Prætoris, unus tantùm Prætor in Urbe dabatur, qui dicebatur Prætor urbanus, vel quia in Urbe jus reddebat, vel quia incolis & Civibus Romanis jura dicebat. Conf. *in l.* 2. §. 26. *ff. de Orig. Jur.* Sed tamen postquàm post aliquos deindè annos multum fuisset aucta Civitas, & Imperium Romanum, concurrebant multi exteri homines & Peregrini in Urbem Romanam: quibus etiam jus (quando opus erat propter Contractus & Commercia) reddi debebat, & actiones debebant dari, ùt latè rationibus sacris & politicis explicavi in hoc *cap.* 1. *n.* 108., ad quod cùm non sufficeret unus solus Prætor Urbanus, qui jam aliundè in reddendo jus incolis, occupatus erat, creatus fuit alius Prætor, qui dictus fuit peregrinus, eò quia inter peregrinos, & de rebus peregrè gestis cognoscebat, Consultus *in d. l.* 2. §. 28. *ff. de Orig. Juris.* Nec tibi in hoc difficultatem faciat illa ratio dubitandi, quòd Peregrinis, cùm sint incapaces Juris Civilis, utpotè successionis, testamenti factionis *leg.* 1. *Cod. de hæred. instit.* actiones competere non possunt, quæ juris sunt, ùt pluribus suprà in hoc Capite *no.* 88. & sic, quòd non requirebatur Prætor peregrinus ad reddendum & dicendum jus exteris & peregrinis: Quia præterquàm, quòd lex 1. *Cod. de hæred. instit.* loquitur de deportato, qui peregrinus est, aliam solutionem videbis

bis in hoc *cap.* 1. *n.* 108. & fic valde pro hoc conducunt, quæ fcripfi in hoc *cap.* 1. *n.* 107. *&* 108.

Deinde captâ Sardiniâ, Siciliâ, Hifpaniâ & 188
Narbonenfi Provincia, & ad Romanum Imperium fubjugatis, auctus fuit numerus Prætorum, ità ut tot creati fuêre in urbe Prætores, quot fuêre Provinciæ, quæ in Romanam ditionem venêre, *l.* 2. *§. capta* 32. *ff. de Orig. Jur.* unde numerus Prætorum in urbe varius, & arbitrarius fuit: conftitutis enim à Cornelio Sylla publicis quæftionibus de *falfo*, *de paricidiis*, *de ficariis*, quatuor Prætores additi fuêre: pofteà Cajus duos Proprætores addidit, & tandem duodecim Prætores conftituti funt. Venit pofteà Imp. Cæfar Auguftus, ac tredecim Prætores creavit, cujus Succeffor Tiberius Cæfar duos Prætores conftituit, qui de fideicommiffis jus reddebant, & cognofcebant, à quibus unum detraxit Imperator Titus, & remanfit unus Prætor, qui dictus fuit Prætor Fidei-
commiffarius *d. l.* 2. *§.* 32. *ff. de Orig. Jur.* de hoc 189
Prætore fideicommiffario in multis juris locis mentio invenitur, præcipuè in §. 1. *Inft. de fideicommiffar. hæredit. l.* 78. *§. pen. ff. de leg.* 2. *leg. pen. in fin. ff. quibus ad libertat. proclamare licet. leg. fi cui ff. de Con. dit. & demonftr. l.* 2. *Cod. qui potiores ex pignore &c.* Suetonius in Claudio *cap.* 23. *Vinnius in* §. 1. *Inft. de fideicommiff. hæredit. n.* 8. In quo non poffum prætermittere locum Ulpiani *in tit.* 25. *Fragm.* §. 12. ubi dicit: *Cognitio fideicommifforum Romæ erat Confulum, aut Prætoris, qui fideicommiffarius vocatur*, qui videtur pugnare cum *d.* §. 1. *Inft. de fideicommiff. hæred.* & *l.* 2. §. 32. *de Orig. Jur.* in quibus cognitio de fideicommiffis attribuitur huic Prætori fideicommiffario. Conciliantur ifti loci faciliter cum Arnoldo Vinnio ubi fuprà, Ofualdo ad Donel. *lib.* 7. *cap.* 23. *lit.* 4. & Quintiliano *lib.* 3. *cap.* 6.

cap. 6. , dicendo , quòd de fideicommissis minoris summæ cognoscebat Prætor fideicommissarius; de fideicommissis autem majoris summæ Consules cognoscebant. Posteà tandem, ut ad filum revertar , Imperator Nerva unum Prætorem adjecit, & fuerunt tunc Prætores in Urbe Romana numerô decem & octo , ut meliùs , quàm ego explicare possem , prosequitur Juris Cons. Pomponius in *leg.* 2. §. *capta* 32. *ff. de Orig. Jur.*

190 Iste Prætorius Magistratus non erat Magistratus perpetuus , sed temporalis & annalis, unô enim tantùm annô durabat Prætor in Civitate Romana , sicut fere omnes alii Magistratus Romani, Mynsinger. in hoc §. *Prætorum n.* 6. Antonius
191 Faber *in Papin. tit.* 2. *prin.* 10. Sed sistat calamus, & liceat nunc mihi in Populum Romanum , & Romanam Politicam invehere, agitando illam politicam quæstionem, utrùm Reipublicæ sit utiliùs & melius, Magistratus annuos & ambulatorios, an verò perpetuos Magistratus habere ? Romana politica, cui nihil in optimo regimine latebat, visa fuit, in hoc à recto politicæ tramite deviâsse. Magistratus perpetuos in Republica debere esse, hoc sequentes suadent politicæ rationes. Pa. quia si Magistratus post annum mutari deberet, sequeretur , quòd quando aliquis didicit formam se in Magistratu gerendi, priùs deberet recedere à Magistratu , quàm in eo specimen rectæ gubernationis adhibere posset. Dion. *lib.* 52. ex quo aliud sequitur , quòd Magistratus perpetui ipsa experientia , & usu periti fiunt, quod evenire in annuis Magistratibus propter tam parvum tempus non potest, *Isocrates in Simmacho*. Secunda ratio , quia meliùs subditis consulitur dando eis perpetuos Magistratus : Nam *non parcit Populis Regnum breve* , ùt aiunt Bodinus *lib.* 4. *de Republica cap.* 4. Sun-

Simmachus *lib.* 8. *cap.* 31. Petrus Gregorius Tholosanus *lib.* 4. *cap.* 4. Nicephorus *lib.* 1. Tertia ratio est ex damnis, quæ sequuntur ex mutatione Magistratuum: Ex novis enim Magistratibus nova consilia, novæ Leges, novi mores, nova Instituta, nova Judicia, novi Ritus, nova omnium rerum Facies, & veterum Legum & Morum contemptus sequitur. Bodinus *lib.* 4. *de Repub. cap.* 4. sic Aristoteles *lib.* 2. *Polit. cap.* 6. dixit, quòd Magistratuum mutatio nequaquam Reipubl. commoda. 4ta. Ratio: quia quomodo cum authoritate imperare potest ille, qui citò Magistratu privandũ esse timet? Bodinus *d. lib.* 4. *de Repub. cap.* 4. Quintò: quia Magistratus annui cùm vident tempus regiminis finiri, pro sua libidine, atque ex libitu jura & edicta condunt, quæ aliquoties Reip. perniciosa sunt. Et hoc dicant ipsi Romani? nonne hoc in nostro casu Magistratus Prætorii experti fuere, quando unusquisque Prætor suô anno durante ad libitum judicabat, & proponebat edicta, ut sibi placebat? quâ de causa lata fuit lex Cornelia de Edictis perpetuis, ùt refert Rosinus *de antiq. Rom. lib.* 8. *pag.* 2. *cap.* 5. út posteà videbimus. Deus O. M. omnes Magistratus & Judices Israël perpetuos constituit, ùt constat ex libris Regum & Judicum, passimque in Sacra Scriptura expressè *in cap.* 18. *Exod. vers.* 21. *Constitue ex eis Tribunos, & Centuriones, & quinquagenarios, & Decanos, qui judicent populum omni tempore.* Maximus ille Philosophus Plato in sua Rep. volebat Magistratus perpetuos esse, & non temporales. Celebre fuit de hoc dictum Tiberii Cæsaris, qui, cùm amici quærerentur, quia potestates & Magistratus perpetuos fecisset, sic illis dixit: *Hirudines, quæ multo sanguine hausto rumpuntur, quiescere: Recentium morsus acerrimos esse: Sic novos Magistratus, quidquid sanguinis est, ac medul-*

medullarum summâ aviditate haurire. Langius in Polyanth. verbo *Magistratus q.* 18. Celebrius fuit factum Imperatoris Antonini Pii, qui nullum Magistratum ex his, quos posuit Hadrianus in Provinciis removit, & sic novem annis bonos Præsides in Provinciis habuit; Julius Capitolinus allegatus à Langio ubi suprà. Quod etiam juridicis rationibus convenit: Si enim Justitia constans, perpetua & immutabilis est *prin. tit. Inst. de Just. & Jure*, *l.* 10. §. 1. *ff. de Just. & Jure.* Sapientiæ *cap.* 20. Magistratus, qui sunt Ministri Justitiæ, perpetui & immutabiles esse debent.

192 His rationibus contrà Politicam Romanam acquiescerem, si ex contraria acie non viderem multas militare rationes, & authores probantes, Reipublicæ utilius habere annuos & temporales Magistratus. Primò hanc sententiam suadent multa jura, multæque leges: In legibus 12. tab. cavebatur, Magistratus non esse perpetuos his verbis: *Magistratum Censorium quinquennium habento: Reliqui Magistratus annui sunto*: & in alia parte legum 12. tab. legebatur: *Eundem Magistratum, ni decem anni interfuerint, nè quis capito: Civitatem annali lege servanto.* Consultus Callistratus *in leg.* 14. §. 6. *ff. de muneribus, & honoribus*, refert, quòd Imperator Adrianus constituit, quòd nullus possit continuare Magistratum seu munus, quòd anteà habebat, nisi in casu, quo alii homines idonei ad talem Magistratum non inveniantur. Imperatores Valens & Valentinianus *in leg.* 4. *Cod, de Susceptoribus lib.* 10. *tit.* 70. constituerunt, quod Magistratus quolibet annô finirentur, hæc verba addentes: *Nam neque eos, qui placuerint, gravare, justi est: neque eos, qui displicuerint, tenere, prudentis est.* Secundò hoc comprobant mores & consuetudines multarum Gentium, & Populorum: Athenienses Magistra-

tus

tus suos añuos semper habuere, Bodinus *in sua Methodo Historica cap.* 6. Propter Hæperionis superbiam & crudelitatem Megarenses constituerunt, non esse uni amplius parendum, sed annuos Magistratus esse creandos. Pausanias *in Atticis*, Langius *in Polyanth.* verbo: *Magistratus q.* 18. Carthagine quot annis annui bini Reges electi fuere, refert Probus in Annibale. Apud Thebanos lex fuit, quòd morte puniretur ille, qui ultrà tempus à legibus præscriptum Magistratum retinuisset. Ælianus *lib.* 3. Plutarchus in præcept. gerend. reip. Langius ubi suprà. 3ò. Ex sacra scriptura hæc opinio desumitur; legitur enim *in lib.* 1. *Machab. cap.* 3. ubi approbatur electio Romanorum Magistratuum sic: *& committunt uni homini Magistratum suum per singulos annos dominari universæ terræ, & obediunt uni, & non est invidia, neque zelus inter eos.* Quartò propter rationes hanc opinionem suadentes. 1a. quia perpetua & diuturna Imperia & Magistratus multos ad fastum & superbiam, & ad res novas tentandas incitant, ut apud Megarenses visum fuit de superbia & crudelitate Hæperionis, ut suprà dixi: Temporalitas autem Magistratuum humiliores, & mitiores homines facit, Simmachus *lib.* 8. *de Repub. cap.* 36. Dion. *lib.* 52. Secunda ratio est, quia Reipublicæ interest Cives cognoscere, quænam cujuslibet conditio sit, quod cognoscitur mutando Magistratus in personis plurimorum Civium, cùm Magistratu detegantur hominum mores, juxtà illud, *honores mutant mores.* Langius quamvis non tam clarè in Polyanthea ubi suprà. Tertia: quia si Magistratus perpetui essent, sequeretur, quòd non posset Respublica omnibus Civibus benemeritis propter eorum merita Magistratus, & honores tribuere, quod est contra perfectum politicæ gubernatio-

 nis

nis statum, Bodinus *lib.* 4. *de Rep. cap.* 4. Quarta, quia perpetuitas Magistratuum, & munerum discordiam & seditionem inter Cives generat, pacémque & concordiam violat propter defectum æqualitatis in honoribus. Idem Bodinus ubi suprà. Quinta est, quia illi, qui perpetuò & assiduè Magistratum, & munus fideliter gerunt, non possunt rebus suis vacare, sua bona negligendo, sicque magna Patrimonia destruuntur. Exempla clara proponit Langius ubi suprà in Epaminonda Thebano, Lysandro Lacedemonio, Aristide Atheniensi, Fabricio Romano, qui omnes cùm publica sedulò fidelitérque curarent, sua propria bona neglexerunt: Sexta ratio, quia invidia suscitatur in aliis Civibus, si vident aliquem Civem perpetuò Magistratum gerere. Quâ de causa ille Romanus Fabius Maximus noluit, quòd Consulatus in sua familia post quinque annos hujus dignitatis continuaretur. Plutarchus in vita Fabii. Dicebat Cato Major, quòd illi, qui continuò Magistratus appetebant, cupiebant tanquam Viarum ignari semper cum lictoribus ambulare, nè errarent, Langius in Polyanth. verbo: *Magistratus q.* 18. Graviter animadvertit incommoda quæ ex continuatione & perpetuitate Magistratûs resultant Lex 4. *tit.* 5. *lib.* 3. *recompilat.* Vide tradita per D. Garciam Mastrillo *lib.* 1. *de Magistr. cap.* 23. *ex n.* 4. *& lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 30. Gratianum *tom.* 1. *discept. forens. cap.* 184. *n.* 1. *seq.* Pascalem de viribus patriæ potest. *p.* 4. *cap.* 10. *& n.* 2. Escobar de ratiociniis *cap.* 6. *n.* 83. D. Franciscum de Amaya in *Cod. ad leg.* 3. *de muneribus & honoribus*, *à n.* 1. Undè semper in omnibus Magistratibus datur vacatio munerum, & intervalla, seu purgatio in continuandis muneribus, nè munera & Magistratus perpetui sint. Ut sic legem de intervallis condiderunt Thurii & Lace-

Lacedemonii, ùt ex Ariſtotele obſervant Gratianus *d. cap.* 184. *n.* 9. & apud Romanos hoc cautum fuit, & conſtitutum *lege Genutia.* Antonius Auguſtinus de legibus, verbo: *Lex Genutia.* Roſinus *lib.* 8. *antiq. cap.* 5. Dion. *lib.* 53. D. Franc. de Amaya ubi ſuprà *n.* 5. Ex quibus rationibus ſequi videbatur, meliorem Politicam eſſe annuos tantùm, & non-perpetuos Magiſtratus permittere; quam opinionem contraria diſſolvens tenet Pater Laurentius de Peyrinis *tom.* 2. *q.* 1. *cap.* 4. §. 1.

In hac tamen Authorum, & rationum varieta- 193
te lucem mihi præbuit conciliatio, & media via quorundam maximi nominis Politicorum, quos ſuppreſſo nomine citat Langius in Polyanthea verbò *Magiſtratus q.* 18. in fine, quòd Magiſtratus majores perpetuì ſint v. ga. Reges &c. Magiſtratus autem minores annui ſint, & ambulatorii: ſed hæc conciliatio adhuc non ſalvat Populum Romanum, qui nullum Magiſtratum, nec Conſulatum (qui major erat) perpetuum admittebat. Alia tamen adducitur ab Authoribus diſtinctio, ſcilicèt quod in Ariſtocratia ſeu Republica ſint annui, & mutabiles Magiſtratus, ut ſic tollatur invidia Concivium; In Monarchia autem, quòd ſint perpetui; Undè cùm Romani tempore quô creaverunt Magiſtratum Prætorium, regerentur per Ariſtocratiam & Rempublicam, non deviârunt ab optima Politica, conſtituendo quod Magiſtratus Præturæ annuus eſſet.

Iſte igitur Magiſtratus Prætorius (qui non ſo- 194
lùm apud Romanos in uſu erat; ſed etiam in uſu fuit apud Perſas regnante Dario, ùt legitur in Sacra Scriptura, *Eſdræ lib.* 3. *cap.* 3.) annuus, ùt vidimus, erat; ex quo ſequebatur, quòd cum limitata cauſa limitatum producat effectum, *l. in agris ff. de acq. rer. dom. leg. cancellaverat, ff. de his,*

quæ in testam. delentur. Barbosa *lit. C. axiom.* 40. *n.* 29. Petrus Joannes Fontanella 1. *tom. decis.* 112. *n.* 10. omnes actiones Prætoriæ tanquam provenientes à causa annali, & temporali annales erant, *dicto prin. tit. Inst. de perpet. & tempor. actio.* ibique Institutistæ, Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. *leg.* 35. *ff. de reg. jur.* Donellus *lib.* 16. *cap.* 8. & ibi Osualdus.

395 Hæc enim est maxima differentia inter actiones Civiles, quæ ex lege vel Senatûs-Consulto descendebant, & actiones prætorias. Actiones Civiles ex legibus, Senatûs-Consultis, & Principum Constitutionibus descendentes olim jure antiquo Romanorum perpetuæ erant, & absque ulla temporis præfinitione competebant. Justinianus *in d. prin. tit. Inst. de perpet. & temp. action.* Faber & Donellus locis suprà citatis. Et hujus prima ratio erat, quia tempus non potest esse modus tollendæ obligationis §. 3. *Inst. de V. O. leg.* 44. §. 1. *ff. de obligat. & actio* cùm obligatio sit juris, *prin. tit. Inst. de obligat*: tempus quid facti, & nihil tam naturale, quàm quod unum quodque dissolvatur eo genere, in quo colligatum est, *leg. nihil* 33. *ff. de reg. juris*, quam rationem adducunt Hopper *lib.* 2. *pag.* 25. Guttierez ad *l.* 55. *de leg.* 1. *n.* 190. *& seq.* Hilligerus ad Donell. *lib.* 16. *cap.* 8. *lit. A.* Altera ratio est, quia Populus & Senatus quamvis esset compositus ex individuis non perpetuis, erat perpetuus: Idem enim Populus & Senatus reputatur, qui nunc est, ac qui erat anteà, quamvis nullus Civis, vel Senator ex illis, qui centum annis anteà erant, viveret, ut ratiocinatur Cons. *in leg. proponebatur* 79. *ff. de Judiciis*, Faber *in Papin. tit.* 2. *prin.* 10. Princeps etiam non erat annuus, sed perpetuus Magistratus: Undè cùm causa similem sui producat effectum, ùt ajunt Philosophi, sequebatur, quòd actiones ex lege, Senatûs

tûs-Consulto, & Imperialibus Constitutionibus descendentes erant perpetuæ, & & non annales. Sic discurrit Antonius Faber ubi suprà. Ultima tandem ratio erat, quia si Justitia perpetua & immutabilis est *prin. tit. de just. & jure*, ùt dixi suprà *n.* 191. in fine, Jus, quod à Justitia appellatum est, & derivatur *l.* 1. *ff. de Just. & jur.*, etiam perpetuum esse debet: Undè cùm actio sit Jus persequendi in Judicio, quod sibi debetur. *prin. tit. Inst. de actio.* indè erat, quod actiones à legibus, Senatûs Consultis & Principum placitis demanatæ, perpetuæ, & non temporales erant. Hocque procedebat non solùm in actionibus personalibus, sed etiam in actionibus in rem. Quælibet enim actio Civilis sive personalis, sive realis, id est, actio vindicativa erat perpetua. Antonius Oliba de actio. *p.* 1: *lib.* 2. *ad* §. *sed istæ Inst. de actio n.* 19. *in fine*; ùt infertur ex prin. tit. *Inst. de perp. & temp. actio.* ubi dicit Justinianus, quòd novæ Constitutiones actionibus tam in rem, quàm in personam certos fines dederunt. Ergò antiquo jure ante sacras Constitutiones actiones in rem non habebant certos fines, & sic erant perpetuæ. Ex his principiis Juris aliud sequitur scilicet, quòd actiones Civiles supradictæ, quæ perpetuæ sunt, dantur hæredibus, & contra hæredes *tot. tit. Cod. ut actiones ab hæredibus & contra hæredes* &c. noster Oliba *p.* 1. *lib.* 2. §. *sed istæ n.* 24. quia cùm perpetuæ sint, in Successores transeunt, & morte non finiuntur. Excipitur tamen ab hac regula actio pœnalis v. g. actio furti, & aliæ actiones pœnales excipiuntur ortæ ex maleficiis, vel ex Contractibus, quæ non sunt perpetuæ, nec transeunt in hæredes, sed morte rei exstinguuntur §. 1. *Inst. de perp. & tempor. actio.* ibique Institutistæ *l.* 1. *ff. de privatis delictis l.* 38. *L.* 111. §. 1, *de reg. jur.*

l. in

l. in Senatu §. *si propter ff. ad S. C. Turpilianum.* Aliud tamen est in actione criminali, quæ nascitur ex crimine læsæ Majestatis, quæ transit in filios & hæredes quo ad pœnam pecuniariam §. *per Contrarium Inst. de hæred. quæ ab intestato deferuntur.* Sicuti per peccatum Adami *cap.* 2. *Genes.* omnes Mortales pœnam originalis peccati contraxerunt, juxtà illud Apostoli: *Omnes in Adam peccaverunt*, exceptà Sanctissima Virgine Maria; eò quia peccatum Adami fuit crimen læsæ Majestatis Divinæ. Unum tamen mente tenendum est, quòd actio pœnalis merè pœnalis, quæ non persequitur rem, quamvis Civilis esset, non transibat in hæredes; attamen actio pœnalis rei persecutoria v. ga. *Condictio furtiva* in hæredes transit *l.* 1. *l.* 7. §: 2. *ff. de condict. furtiva l.* 6. §. 3. *ff. de actio. rer. amot.* Vinnius *in* §. 2. *Inst. de perp. & temp. actio. n.* 2. Donellus *lib.* 16. *Com. cap.* 8. *lit. B.* §. *fin. Inst. de oblig. quæ ex delicto nascuntur.* Olibanus *de actio. p.* 1. *lib.* 2. *ad* §. *ex maleficiis Inst. de actio. n.* 7. Vinnius in §. *fin. Inst. de oblig. quæ ex delicto nascuntur.*

Sed circà supradicta, quòd scilicet actiones
166 Civiles perpetuæ erant, non possum prætermittere ingentem difficultatem, quæ consistit in hac ratione dubitandi: quia certum est principium in nostro Jure, quòd actio Civilis descendens ex lege 12. tab. & jure Civili perpetua est, §. 5. *Inst. de actio. l.* 23. *ff. de rei vindicat.* Vinnius *in d.* §. 5. *de actio.*; sed actio realis vindicativa jure antiquo non erat perpetua, sed temporalis, quod est id, quod statuimus in antecedentibus *n.* 165. Ergò actiones Civiles ex legibus, Senatus-Consultis & Principum Constitutionibus non sunt perpetuæ. Quòd actio vindicativa jure antiquo temporalis esset

esset, demonstratur: quia jure antiquô Romanorum ante sacras Constitutiones si aliquis bonæ fidei Possessor uno annô rem mobilem possidebat, eam usucapiebat, ac adquirebat dominium, & Dominus verus illius completâ annali usucapione rei mobilis, ubique esset, non poterat eam vindicare *prin. tit. Inst. de usucap. ex leg.* 12. *tab. Cicero pro Cæcinna*, Vinnius *in d. prin. tot. tit. in ff. & Cod. de usucapionibus*. Pinellus *lib.* 1. *select. cap.* 17. Antonius Faber *lib.* 19. *Conj. cap.* 10. & *lib.* 7. *cap.* 9. Hieronymus de Affin. in *rub. de usucap. pro emptore n.* 17. D. Josephus Retes *lib.* 3. *opusc. ad l.* 14. *ff. de divers. & tempor. præscrip. n.* 5. si igitur annô usucapionis finitô Dominus antiquus non poterat rem usucaptam vindicare, sequitur, quod actio realis vindicativa annalis erat, & temporalis, sicque actiones Civiles perpetuas non esse.

Fortissima quidem ratio dubitandi, & adhuc 197
à nullo Authore, quem ego legerim, facta. Solus noster Antonius Olibanus *de actio. p.* 1. *lib.* 2. *ad §. sed istæ Inst. de actio. n.* 20. paululum videtur insinuâsse solutionem. Ego si non viderem, quòd communior opinio est, quòd actio realis vindicativa erat jure antiquo perpetua, ùt suprà *n.* 195. propter hanc rationem dubitandi defenderem, quòd actio in rem vindicativa erat annalis, & non perpetua, & Justinianum *in prin. tit. Inst. de perp. & tempor. actio.* in illis verbis: *tam in rem, quàm in personam*, intelligerem de actionibus mixtis, v. gâ. familiæ hercisoundæ, vel de actionibus in rem scriptis v. g., actio quod metûs causâ; sed tamẽ contra comunem id non audeo. Solvo igitur ut possum dictam difficultatem, donec alius meliorem solutionem adduxerit, sic dicendo, quòd jure antiquo usucaptâ re à Possessore bonæ fidei annali cursu, adhuc remanebat actio vindicativa; tempus

Q enim

enim non poterat esse modus tollendæ dictæ actionis, Oliba. *ubi suprà*, & adhuc Dominus poterat in judicio intentare rei vindicationem ex antiquo Dominio; sed tamen solùm dicta actio realis vindicativa erat obnubilata impedimentis usucapionis, & novæ alterius acquisitionis, *l. obligatio nunc fere, vers. placet ff. de oblig. & actio.* Noster Olibanus, licèt non his clarissimis terminis, ubi suprà *n.* 20. Undè illa actio vindicativa annali usucapionis cursu non erat finita, sed solùm exceptione præscriptionis, seu usucapionis elisa. Nec replicare valet, quòd idem est non habere actionem, ac habere actionem, quæ per exceptionem elidatur, & idem est ipso jure non habere actionem, ac actionem per exceptionem infirmari, *leg. nil. interest.* 112. *de reg. jur. l.* 13. *l.* 51. *l.* 66. *ff. eod. l.* 7. §. 8. *ff. de dolo l.* 7. §. 14. *ff. ex quib. Causis in possess. eatur, l.* 1. §. 12. *ff. ad Turpilianum*, cùm idem sit rem non esse, ac effectum non habere. *arg. ex princ. tit. Inst. de hæred. quæ ab intest. deferuntur*: Quia respondetur, quòd quo ad effectum juris idem est, non habere actionem, ac habere actionem per exceptionem elidendam, non tamen quo ad hoc, quòd actio sit perpetua vel temporalis: Nàm aliud est actionem tolli ipso jure, & aliud est, actionem tolli ope exceptionis, Cancer. Var. *p.* 1. *cap.* 18. *n.* 24. *&* 25. & sic, quamvis actio exceptione elidatur, remanet actio, & nihilominùs perpetua est. Nec valet etiam replicare, quòd cùm præscriptio 30. vel 40. annorum (quæ hodie sacris Constitutionibus introducta est) non tollat actionem ipso jure, sed ope exceptionis, Boerius *decis.* 344. *n.* 8. Mynsinger. *obs.* 28. *cent.* 3. Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 18. *n.* 26. communem sequens, sequeretur, quòd nihil de novo constituisset Justinianus in prin. *tit. Inst. de perp. & temp. actio. & in leg.*

leg. 3. & 4. *Cod. de præscrip.* 30. *annorum*, dùm constituit, quod actio realis vindicativa esset temporalis & non perpetua propter exceptionem præscriptionis 30. annor. , cum etiam jure antiquo exceptione unius anni usucapionis eliderecur; imo ècontra magis Justinianus fecisset eam perpetuam quàm temporalem: quia respondetur, quòd id, quod Justinianus fecit in nova Constitutione *d. prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* fuit principaliter, actiones personales olim perpetuas facere temporales per spatium 30. vel 40. annorum, & actionem vindicativam olim perpetuam elidendam exceptione annalis usucapionis extendere ad 30. vel 40. annos. Nec adhuc jure novo Justinianeo remanent actiones perpetuæ (loquor de personalibus) si eæ solùm tolluntur ope exceptionis, eò quia novæ Constitutiones, cùm non fundentur in apicibus & subtilitatibus juris, sed in naturali æquitate, idem putant esse, non habere actionem, ac habere actionem per exceptionem elidendam.

Perpetuæ igitur erant jure antiquo Romano- 198
rum actiones Civiles sive reales, sive personales usque dum Imp. Justinianus hoc jus antiquum substulit, & correxit, & constituit, quòd omnes actiones Civiles sive personales sive reales cursu 30. vel 40. annorum finirentur, de quâ Constitutione mentionem facit Justinianus *in prin. tit. Inst. de perp. & tempor. actionibus l.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *annor. l.* 1. §. 1. *Cod. de annali exceptione.* Cevallos *Com. contra Com. un. q.* 207. Fontanella *tom.* 1. *decis.* 75. *n.* 10. & 27. quod etiam approbavit nostrum Jus municipale Cathaloniæ, constituens in *Usatico omnes causæ* 2. *tit. de præscript.* quòd quælibet actio, sive in rem, sive in personam, sive Civilis, sive criminalis 30. annorum spatio præ-

 scri-

scribatur & tollatur. Marquilles in *Usat. omnes causæ* in prin. Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 15. *n.* 1. de Validitate ejus Usatici disputantes, cùm sit contrà Jus Canonicum, Antonius Olibá. *de actio. lib.* 2. *p.* 1. *ad* §. *omnium n.* 92. *& lib.* 3. *ad* §. *namque sic cui n.* 2. 3. *&* 4. Fontanella *de pactis nup. tom.* 1 *Claus* 4. *Glos.* 18. *p.* 5. *n.* 29. *& decis. tom.* 1. *decis.* 152. *a n.* 1. quod Usaticum procedit etiã cum mala fide præscribentis propter odium Domini negligentis Authores in locis citatis. Nostrum autem Jus Municipale conformans se cum jure communi in aliquibus casibus etiam admittit, non obstante dicto Usatico, præscriptionem 40. annorum. Primò: in actione hypothecaria; nam actio hypothecaria non præscribitur nisì 40. annis, sicut jure communi *l.* 7. §. 1. *Cod. de præscrip.* 30. *annor.* Oliba. *de actio. p.* 1. *lib.* 3. *ad* §. *item Serviana n.* 1. pluribus Fontanella *de pactis nup. Claus.* 4. *glos.* 18. *p.* 5. *n.* 16. 2ò. cum jure communi contra Ecclesiam, aut pia loca non currat alia præscriptio, quàm 40. annorum, *Autha. quas actiones Cod. de sacros. Eccles.* sic in Cathal. non obstante dicto Usatico: *Omnes causæ*, contra Ecclesiam non currit nisi præscriptio 40. annorum: Cùm Dominus Rex non possit aliquam legem statuere contrà Ecclesiam & libertatem Ecclesiasticam, Marquilles *in d. Usat. omnes causæ.* Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 15. *n.* 2. Tertiò sicut jure communi per litis contestationem actio alioquìn 30. annis duratura extenditur ad 40. annos, *leg.* 1. §. *in fine, Cod. de annali exceptione*, sic etiam jure nostro Cathal., cùm per litis contestationem & judicialem interpellationem interrumpatur præscriptio, Oliba. *de actio. p.* 1. *lib.* 2. §. *rursus n.* 74. Fontanella. *Claus.* 4. *glos.* 18. *p.* 5. *n.* 22. per litis contestationem actio extenditur ad 40. annos, qui currere incipiunt à die cessationis in causa, ut cum nostro Senatu observat

vat Cancer *p.* 1. *cap.* 15. *n.* 4. alios casus vide 199
apud Marquilles *in d. Usat. omnes causæ.*

Ratio autem, cur sacris Constitutionibus constitutum fuit, quòd omnes actiones Civiles 30. vel 40. annorum spatio (quod tempus abusivè pepetuum dicitur, Vinnius *in prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.*) finirentur & præscriberentur, erat, quia hoc sic constituendum exigebat publica utilitas, eâ de ratione, quia publicè interest, ut lites terminentur, & aliquis sit litibus finis, salus enim Reip. litium exstirpatio est, Cicero *lib.* 1. *de legibus*, & pro Cæcinna ibi: *nam lite carere certè pars beatæ vitæ mortalis est.* §. 11. *Inst. de inutilibus stipulationibus.* Martialis *lib.* 10. *epigr.* 47.

> *Vitam quæ faciunt beatiorem,*
> *Jucundissime Martialis, hæc sunt:*
> *Res non parta labore, sed relicta:*
> *Non ingratus ager: focus perennis:*
> *Lis nunquam: toga rara: mens quieta.*

Tex. in leg. *properandum* & ibi DD. *Cod. de judiciis cap. finem de dolo & contumacia*, Cæsar Barsius *decis.* 23. *n.* 14. Fontanella *decis.* 161. *n.* 10. Osualdus 15. *Com. cap.* 1. *lit.* C. Scaccia *de Appellat. cap.* 15. *n.* 118. prosequitur D. Acacius de Ripoll. ad Pagueram *rub.* 14. *n.* 35. & sic causa abbreviandi & terminandi lites fuerunt introductæ dilationes & tempora probatoria in Judiciis. Fontanella *d. decis.* 161. *n.* 9. Noster Ripoll. ubi suprà *n.* 35.; sed si actiones civiles tam in rem, quam in personam essent perpetuæ, & nullô temporis cursu præfinitæ, lites semper darentur, & nunquam finirentur. Nam cùm actio sit fundamentum Judicii, *tex. in prin. tit. Inst. de actio.* ubi actio immortalis, judicia & lites essent immortales: Ergò optima politica ratione constitutum fuit à Justiniano *in d. prin. tit. Inst. de*

perp. & temp. actio. quod omnes actiones civiles non essent perpetuæ, sed quòd spatio 30. vel 40. annorum finirentur.

200 Nec obstat contra supradictam novam Justin. Constitutionem primò, quòd actiones reales vindicativæ jam tollebantur spatio decem vel viginti annorum, cùm alia nova Justinianea Constitutione relata in prin. tit. *Inst. de Usucap. l. unica Cod. de Usucap. transform.* res immobiles 10. annis inter præsentes, 20. inter absentes usucapiantur: Ergò superflua fuit ista alia Imper. Justiniani Constitutio quantum ad actionem realem vindicativam; quia respondetur ex doctrina Arnoldi Vinnii *in prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* quòd actiones reales non excludebantur simplici cursu 10. vel 20. annorum, sed cum adminiculis tituli bonæ fidei, & continuationis temporis, usque dum dicta Constitutio Justiniani *in prin. tit. de perp. & temp. actio.* constituit, & apud nos Usaticum *omnes causæ*, quod omnes actiones sivè reales, sivè personales simplici cursu 30. annorum absque titulo, & bona fide terminarentur.

201 Secundò obstabis: actio,quā habet ille,qui vendidit rem cum pacto de retrovendendo ad recuperandā rē pro eodē pretio non præscribitur cursu 30. vel 40. añorum,nec ulla temporis præscriptione terminatur propter illam particulam, *quandocunque*, in tali pacto de retro appositam, unicus tex. *in leg. 2. Cod. de pactis inter emptorem & venditorem.* Tiraquellus *de retract. Conventio §. 1. glos. 2. n. 17.* ex nostro Senatu testatur Fotanella *tom. 1. decis. 65. & 66.* Et adhuc in casu quo in pacto de retro, & instrumento gratiæ redemptivæ non ponantur illæ particulæ *qnandocunque, perpetuò, toties, quoties, &c.* adhuc non præscribitur actio, seu facultas rem eodem

dem pretiò redimendi. Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 7. *n.* 206. & cum nostro Senatu Fontanella *decis.* 78. *n.* 12. sed talis actio Civilis est, ùt constat; ergò adhuc jure novo & supposita Justinianea Constitutione datur aliqua actio Civilis, quæ perpetua est, & 30. & 40. annis non terminatur. Dissolvit hanc difficultatem doctissimus Fontanella *decis.* 76. *n.* 16. dicendo, quòd obligatio & actio ex partiũ conventione potest extendi & protrahi in infinitum, pluribus Gomez *Var. cap.* 2. *n.* 28. Cevallos *q.* 207. *n.* 27. Cancer. *p.* 1. *cap.* 13. *n.* 52. *in addit.*; taliter quòd post disputatam valde quæstionem, placuit nostro supremo Cathal. Senatui, quòd partes possent renunciare præscriptioni longissimi temporis 30. vel 40. annorum. Cancer. *Var. pag.* 3. *cap.* 15. *ex n.* 78. & ex eo Fontanella *d. decis.* 76. *n.* 17. cùm autem mens & animus clarus contrahentiũ in pacto de retro vendendo, & instrumento gratiæ redemptivæ sit, quod semper vendens cum tali pacto possit eodem pretio rem venditam ab emptore recuperare, quâ de causa apponunt illam particulam: *quandocunque, perpetuò*, quæ non temporalitatem, sed perpetuitatem important, Fontanella *d. decis.* 76. *n.* 1. & 2. hâc de causa propter claram mentem contrahentium specialis est iste casus pacti de retro vendendo, in quo actio Civilis 30. annis non terminatur, sed perpetua est; Et adhuc in casu, quô in eodem pacto non apponuntur illa verba, *quandocunque, perpetuò*, &c. inpræscriptibilis est actio talis redimendi, quia cùm illa verba de consuetudine soleant apponi fere in omnibus instrumentis gratiæ redemptivæ; & ea, quæ de consuetudine in in instrumentis apponi solent, quamvis à partibus non exprimantur, pro expressis habentur, ùt pluribus discurrit Fontanella *decis.* 78. *art.* 13. hac de causa concludit, quod

etiam

etiam in casu, quò illa verba non apponuntur adhuc in pacto de retro, actio redimendi non præscribitur.

202 Deveniamus jam ad actiones Prætorias, seu honorarias. Actiones enim Prætoriæ, quæ ex sola Prætoris Jurisdictione descendebant (non enim loquor de actionibus Civilibus à Prætore adjutis & confirmatis: v. ga. actio vindicativa adversùs illum, qui dòlo malo desiit possidere, quæ etiam perpetuæ, Mynsing. *in prin. tit. de perpet. & temp. actio.*) erant annales & unius anni spatiò finiebantur, ità habetur *in d. prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio. leg.* 35. *ff. de A. & O.* ibique repetentes, & Institutistæ. *tit. de actio.* Faber *in Papin. tit.* 2. *prin.* 10. Donellus *lib.* 16. *cap.* 8. Duarenus *lib.* 2. *disp. cap.* 48. *&* 55. Harmenopolus in *juris prompt. lib.* 1. *tit.* 3. Ratio erat, quam insinuavi suprà *n.* 194. quia cum causa limitata limitatum producat effectum, textibus & autoribus *d. n.* 94. citatis, si imperium Prætoris & ejus Jurisdictio erat annalis *d. prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* dicendum est, quod etiam actiones Prætoriæ ex jurisdictione Prætoris descendentes erant temporales & annales, Faber in *Papin.* ubi suprà; Unde Edicta omnia, quæ à Prætore in albo Prætorio proponebantur, (album enim Prætorium erat tabula gypsata, in qua palam Prætor Edicta sua ponebat, ut ab omnibus legerentur. Vinnius *in* §. 13. *Inst. de actio. n.* 1.) annalia erant; taliter quòd in omnibus Edictis Prætoriis leguntur illa verba: *intrà annum*, ùt observat Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 10. similiter omnia interdicta, quæ Prætor dabat in causis possessionum vel quasi possessionum temporalia, & annalia erant tanquam ab annali Prætoris Jurisdictione provenientia, Faber ubi proximè. Et sic concludit Antonins Oliba. *de actio. p.* 1. *lib.* 2. *ad* §. *sed istæ n.* 45. quod,

quod, cùm statuta regulentur à potestate statuentium, Bartolus *in l. omnes populi ff. de Just. & Jure n.* 3. & 8. Statuta Ducum, Comitum, & Marchionum erunt perpetua, si Duces, Marchiones, & Comites perpetuam Jurisdictionem habent.

Ex qua annali actionum Prætorianarum temporalitate aliud sequebatur, scilicet, quod actiones honorariæ, quæ intra annum dantur, ad hæredes non transeunt, *leg. in honorariis* 35. *ff. de obl. & actio.* Olibà. *p.* 1. *lib.* 2. §. *sed istæ n.* 24., eò quia si in hæredes transirent, plus quàm unô anno duraturæ essent. Observandum tamen est, tanquam clavis hujus materiæ, quòd actiones Prætoriæ sunt in duplici differentia: aliæ sunt actiones Prætoriæ, quæ rei persecutionem continent: v. ga. Publiciana Actio, Pauliana, de constituta pecunia, exercitoria, institoria, de peculio; aliæ sunt actiones Prætoriæ, quæ non continent rei persecutionem: Istæ actiones jure antiquo annales erant; illæ autem actiones Prætoriæ rei persecutoriæ perpetuæ erant, & ultra annum extendebantur, *l. in honorariis* 35. *ff. de ob. & act. l.* 3. §. 1. *de vi, & vi armata l.* 8. §. 7. *ff. de precario l.* 20. §. 6. *ff. de novi operis nunciationib.* Et hoc insinuavit Justinianus *in prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* quando dixit, quod actiones Prætoriæ aliquoties in perpetuum extenduntur: v. g. bonorum possessiones, ex de ratione, quia bonorum possessiones, seu actiones ex bonorum possessionibus descendentes rei persecutioné continent, & similiter actiones pœnales annuæ erant, & tamen actio furti manifesti, quamvis pœnalis, perpetua erat, *prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* eo quia hæc actio furti manifesti ex leg. 12. tab. descendebat, & solùm a Prætore fuit mitigata de corporali, transferendo eam in pœnam pecuniariam. Vinnius *in d. prin. tit. in fine.* Omne au-

203 204

tem supradictum ex nova constitutione Justiniani *in leg.* 3. *&* 4. *Cod. de præscrip.* 30. *vel* 40. *annorum* correctum fuit, & constitutum, quòd sicut omnes actiones Civiles 30. vel 40. annorum spatio præscribebantur; sic etiam actiones Prætoriæ, quæ perpetuæ erant, 30. vel 40. annorum spatio terminarentur, Olibanus de actio. *p.* 1. *lib.* 2. *ad* §. *sed istæ n.* 21.

205 Sed contrà supradictam actionum Prætoriarum temporalitatem aliqua obstant, quæ non parùm placebit in præsenti dissolvere. Po. quia Edictum de minoribus in integrum restituendis, de quo tot. *tit. ff. de Minoribus* 25. *annor.* erat perpetuum, & magìs quàm uno annô durabat; cùm restitutio competat Minoribus ex Edicto generali de minoribus in integrum restituendis, & Edictum est jus constitutum à Prætore mortuo, Decretum à Prætore vivo, Faber *in ration. ad leg.* 7. §. 5. *ff. de minoribus & de error. pragm. decad.* 5. *err.* 8. Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 1. Si igitur restitutio competit ex Edicto Prætoris mortui, Edictum de minoribus in integrûm restituendis non erit annuale, sed perpetuum. 2dò. obstat difficilis pro hac materia tex. *in leg.* 7. *ff. de Jurisdictione*, ubi explicans Consultus actionem popularem de albo corrupto, quæ datur contra eum, qui album Prætorium corruperit, dicit, quòd datur contra eum, qui corrupit Edictum causa Jurisdictionis perpetuæ Prætoris propositum, non Edictum incidenter propositum, ùt bene Vinnius *in* §. 13. *Inst. de actio. n.* 2. ex qua lege duo sequuntur. Primùm quòd Jurisdictio Prætoris perpetua est. 2dò. quòd datur Edictum Prætoris perpetuum. His objectionibus sic puto responderi, quòd post latam legem Corneliam de Edictis perpetuis jam dabantur Edicta perpetua Prætorum, ùt

ùt posteà videbimus, non autem anteà, & casus suprapositi restitutionis in integrum, & *leg. 7. ff. de Jurisdictione*, loquuntur post latam legem Corneliam de Edictis perpetuis. Obiter nota, quod annus, qui erat præfixus in actionibus prætoriis jure antiquo erat utilis, & non continuus *arg. tex. ex* §. 6. *Inst. de bonorum possess.* Mynsing. *in prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio. n. 7. tex. in leg.* 1. §. *quod ait Prætor ff. de vi & vi armata.* De differentia inter dies continuos & utiles præter Institutistas *in* §. 6. *Inst. de bonor. possess.* vide citatos ab Osualdo ad Donel. *lib.* 16. *cap.* 8. *in fine*, Pagueram in praxi *rub.* 14. *n.* 29. 206

3tiò. obstat(& observa)Antimonia inter nostrũ *prin. tit. Inst. de perp. & temp. actio.* & §. *cùm igitur* 4. *Instit. de bonor. possess.* In d. prin. *tit. Inst. de perp. & temp. actio.* (ut vidimus:) dicit Justinianus, quod bonorum possessori competit actio extensa in perpetuum: *in* §. 4. *Inst. de bon. poss.* dicit Imp. quod liberi & Parentes tàm naturales, quàm adoptivi habent unum annum ad petendum bonorum possessionem; Agnati autem vel Cognati centum dies, quomodo igitur hæc compatiuntur & conciliantur? hoc modo, ut ego puto, quòd scilicet Justinianus in *prin. tit. Inst. de perpet. & temp. actio.* non loquatur de bonorum possessione, quæ non est actio, sed de possess. hæreditatis petitione, quæ est actio quam habet bonorum possessor ad petendas res hæreditarias à 3tiò. possessas, quæ actio Prætoria cum rei persecutionem contineret, in perpetuum extensa erat: In §. autem 4. *Inst. de bonor. possess.* loquitur Justinianus non de possessoria hæreditatis peditione, sed de bonorum possessione, quæ actio non est, in quâ (ut rationem ponit Justinianus *in d.* §. 4.) nè Creditorum actiones differentur, sed haberent, quos convenirent, cer- 207

R 2 tum

tum temporis ſpatium præfixum eſt bonorum poſſeſſoribus in petenda bonorum poſſeſſione; liberis & Parentibus, propter honorem ſanguinis, unus annus, cæteris agnatis ſeu cognatis centum dies, *l.* 1. §. 12. *ff. de ſucceſſorio. edicto*, Inſtitutiſtæ *in d.* §. 4. *de bonor. poſſeſſ.*

208 Iſte igitur Magiſtratus Prætorius annalis erat, ut vidimus (breviter quæ ad Inſtitutum conducunt, adducam;) incipiebat autem Kalendis Januarii, & finitô annô eiſdem Kalendis Januarii Prætor inſignia, & Magiſtratum deponebat, Cicero *de lege Agraria*, Mynſing. *in prin. tit. Inſt. de perp. & temp. actio. n.* 8. Antonius Oliba. *de actio. p.* 1. *lib.* 2. §. *ſed iſtæ n.* 22. Et ſi de hoc tibi rationem adducerem, injucunda non erit: Pro qua obſerva, quòd quamvìs antiquis Gentibus uſus fuerit incipere annum à Menſe Martii vel Aprilis, cui correſpondet ſignum Tauri, Virgilius *lib.* 1. *Georg. Vers.* 217.

Candidus auratis aperit cum Cornibus annum
Taurus.

Attamen Romani (cujus morem in hoc fere tota Europa ſequitur) incipiebant annum à Menſe & Kalendis Januarii: eâ de cauſa, quia Menſis Januarii erat dicatus Jano Militiæ & armorum Deo, juxta illud *Virgilii Æneid.* 1.

- - - - *clauduntur limina Jani.*

teſtatur Prudentius *lib.* 1. *contra Simmach.*

- - *Jano etiam celebri de menſe litatur.*

& felicitas anni in felicitate belli debet conſiſtere: Multùm igitur apud Romanos fuerunt celebratæ iſtæ Januariæ Kalendæ tanquam Principis omnium Menſium Januarii, Columella *lib.* 2. *cap.* 2. in eis enim

enim fiebant Vota pro Salute Principis, & incolumitate Reipublicæ, Suetonius *in Tiberio cap.* 54. aliis citatis Amaya *in Cod. ad leg. unic. Cod. de oblat. Votorum*: In his similiter Januarii Kalendis inter Romanos Convivia publica & privata ad omina captanda celebrabantur, Tertul *de Idololatr. cap.* 14. quas Kalendas Januarii multùm detestantur, & damnant propter ista Convivia Sancti Patres, D. Augustinus *epist.* 64. B. Ambrosius in sermone nominato *increpatio Kalendarum*, D. Chrisologus *serm.* 115. Martin. del Rio. *lib.* 3. *disq. magic.* 2. *p. q.* 4. *sec.* 5. & aliis citatis ab Amaya ubi suprà *n.* 8. Quâ de causa Pii Christiani in dictis Kalendis Januarii in detestationem gentilis superstitionis jejunium solemne constituerunt, D. Ambrosius *serm.* 17. *Concil. Toletanum IV. Can.* 10. *can. si quis* 26. *q.* 7. *Cap. non observetis Causa* 26. *q.* 7. Del-Rio *dicta sec.* 5. & 6. testatur. D. Franc. d' Amaya ubi supra. In eisdem Kalendis Januarii fiebant à Consulibus annum auspicantibus multæ servorum manumissiones, Petrus Faber *l.* 2. *Semest. cap.* 20. & in dictis Kalendis apud Romanos in usu fuit causa lætitiæ sibi invicem munera missitare, ùt pluribus prosequitur Amaya *in d. l. uni Cod. de oblat. Votorum*: Cùm enim tam celebratæ essent istæ Kalendæ Januarii anni exordium, in eis Consules incipiebant administrare, & ingredi Magistratum, *l.* 36. *ff. de Condit. & demonstr.* Plinius *in Paneg. n.* 671. Novella 3. *de ortu imperii Majoriani*, Sidonius *Carm.* 2. *in Panegyr. ad Anthemium vers.* 3.

Annum pande novum Consul vetus, & sine fastu.

Papinius *lib.* 4. *Sylvar. in Consulatu Germanici*

- - *-Insignémque aperit Germanicus annum,*

Et *in epulo Domitiani.*

Limina sæpe novo Janum lictore salutes.

Laté Amaya *ad d. leg. 1. Cod. de oblat. votorum an. 1.* & sic cùm omnes fere Magistratus annales apud Romanos Kalendis Januarii inciperent, sic etiam Prætor die prima Januarii Prætorium assumebat & Magistratum.

209 Ex hac temporalitate Jurisdictionis Prætoris, Edictorum & actionum sequutum fuit magnum inconveniens in Civitate Romana, & Romanorum Politica; evenit enim, quod cùm Prætores annui essent, annuáque solùm Edicta ederent, año Praturæ durante pro sua libidine Edicta proponebant, & ad libitum judicabant. Quod faciebant Prætores sua forsan avaritia, & ad augendum redditus suos, ùt in simili ponderat P. Peyrinis *tom. 2. q. 1. cap. 4. §. 1. n. 11.* Quanta enim non facit in colligendis forsan pecuniis ille, qui videt suum officium finiri? Cui Edicto etiam populus acquiescebat, videns unô tantùm anno duraturum, & forsan novum Prætorem illud revocaturum; ex quo multa injusta etiam Edicta, quæ aliàs non debebant sustineri, Populi taciturnitate & patientia sustinebantur. Propter hanc rationem, quam insinuat Oliba. *de actio. p. 1. lib. 2. §. sed istæ n. 23.* & aliam, quam adducit Mynsinger. *in §. Prætorum Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civili*, scilicèt nè ratio Jurisdicendi esset Prætoribus arbitraria, & non certa: Jus enim certum esse debet, ùt suprà *n.* 73. perniciosum apparuit Populo Romano, quòd Prætorum Edicta annua essent; quâ de causa anno ab urbe condita 673. & sic 78. annis ante Nativitatem Domini, regentibus Consulatum Romanum Lucio Cornelio Sulla, & Q. Cecilio Metello Pio, lata fuit Lex Cornelia de Edictis perpetuis, sic nominata à Consule Cornelio, quâ lege cautum fuit, quód Edicta Prætorum amplius annalia non essent, sed perpetua, & quòd Prætores ex Edictis perpetuis

tuis æqualiter judicarent, ut referunt Joannes Ro
finus in antiq. rom. *lib.* 8. *p.* 2. *cap.* 5. *sub tit. de Præ-
toribus.* noster Olibanus de actio. *p.* 1. *lib.* 2. §. *sed
istæ n.* 23. & optima ratione, quia Jus sicut Justi-
tia, à qua descendit, perpetuum esse debet, ut
posteà videbimus, & nè Juris dicendi ratio arbi-
traria Prætoribus esset & pro sua libidine muta-
bilis, Olibanus *d. n.* 23. Factis perpetuis Præto- 210
rum Edictis per Legem Corneliam de Edictis per-
petuis, multa fecerunt Prætores perpetua Edicta,
quæ erant dispersa, & in unum non collecta, usq;
dum Imp. Ælius Hadrianus, qui imperavit ab
anno 120. Nativitatis Domini nostri J. Christi usque
ad annum 140. ut dicit Horatius Tursellinus *historia-
rum ab Origine Mundi lib.* 4. mandavit Salvio Julia-
no & Ofilio sapientissimis Juris Consultis illius
temporis, quòd Prætorum Edicta, quæ inveni-
rent dispersa, in unum Corpus & Volumen or-
dinarent, & suis titulis distinguerent, & quòd
si opus fuerit, novis Edictis illud Volumen
augerent. Fecit hoc Julianus simul cum Ofilio, ut
vult Olibanus *d. n.* 23. colligendo edicta Prætorum
in unum volumen, & nova edicta addendo, quòd
Volumen appellavit Edictum perpetuum, & nova
edicta adjecta à Salvio Juliano dicta fuerunt *Novæ
Clausulæ.* Tradidit illud Volumen Salvius Julianus
Imperatori Hadriano, & Hadrianus, & Senatus
illud in perpetuum observari mandârunt, ut hanc
historiam meliùs quàm Mynsinger. *in* §. *Prætorum
n.* 7. explicant textus *in leg.* 10. *Cod. de Condict. indeb.
l.* 2. §. 18. *Cod. de veteri jure enucleando, l.* 3. *ff. de Con-
jun. cum emancipato, liberis l.* 1. §. 3. *ff. de Ventre in pos-
ses. mitendo.* Julius Cæsar Bulengerus *lib* 3. *de Imp.
Rom. cap.* 12. Antonius Augustinus Archiepiscopus
Tarraconensis in lib. *de legibus & SC. pag.* 81. Cuja-
cius in vita Salvii Juliani, noster Olibanus *de actio.*

p. 1.

p. 1. *lib.* 2. §. *sed istæ n.* 23. *leg.* 2. *ff. de statu hominum, leg.* 2. *ff. de Orig. Juris.* Aulus Gellius, Budæus ad *d. leg.* 2. *de Statu hominum*, Duarenus *lib.* 2. *cap.* 55. & aliis citatis ab Olibano d. n. 23. Posteà tamen hoc volumen seu liber de edictis perpetuis (sicut alia solent) deperditum fuit, sed posteà industriâ & labore Guilielmi Ranchini ex variis fragmentis valde imperfectè restitutum fuit, & nunc inter opera Jacobi Cujacii ab Alexandro Scoto in lucem editum fuit.

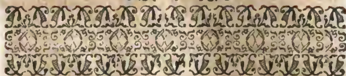
211 Prætor igitur fuit Magistratus, qui neq; Jus neque legem facere poterat, cùm Prætor esset nudus Magistratus, non Conditor legum, sed custos; Prætor namque non juri condendo, sed Juridicendo propositus fuit. Vinnius in §. *Quos autem, Inst. de bonor. possess.* Hæc enim erat differentia inter populum, senatum, & Prætorem, quòd populus habebat potestatem condendi legem, & senatus in legibus condendis vices populi obtinebat. Prætor autem neque à lege aliqua habebat potestatem Juris condendi, neque vices populi, sed solùm jure Magistratûs & imperii edicta proponebat, sicut faciebant Consules, Censores, Tribuni & alii Magistratus, & sic magis more quàm jure edicta proponebât, ait Cons. in leg. 12. §. 1. ff. de Judiciis, Antonius Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. & si Prætor fecit aliqua edicta, quæ observarentur út jus, hoc fuit, quia Prætor per exercitium suæ Jurisdictionis hoc usurpavit tacito Populi consensu: Populus enim videns tantam autoritatem Prætoris, & quòd edicta Prætorum tantùm unô annô durabant, tolerabat, quòd illa edicta ut jus observarentur. Vinnius in § *quos autem Instit. de bon. possess.* Osualdus ad Donell. *lib.* 1. *cap.* 8. *lit.* *J.* Et hac de causa Jus Prætorium dictum fuit Jus honorarium, eò quia illi Prætores, qui honores gerebant, seu Magistratus

tus tali Juri autoritatem dederunt, Justin. in §. *Prætorum Inst. de Jur. nat. gent. & Civil. l. 7. §. 1. ff. de Just. & Jure.* & sic Justinianus in d. §. *Prætorum*, incipiens paragraphum, non dixit: *Prætorum quoque edicta sunt jus*, sed dixit: *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent authoritatem*, eò quòd Jus Prætorium est jus propter honorem, & autoritatem, & non propter potestatem. Explicatis omnibus supradi- 212
ctis spectantibus ad introductionem, autoritatem, & temporalitatem Magistratus Prætorii, jam tempus est, ut ad jus Prætorium deveniamus, in quo hoc certum in Jure principium statuitur, quòd Jus Prætorium, seu Edicta Prætorum sunt verè Jus, & propria species Juris Civilis. Hæc regula canonizata invenitur in §. *Prætorum quoque edicta* 8. *Inst. de jur. Nat. Gent. & Civili*, §. *constat autem* 3. *Inst. eod.* ubi Justinianus inter species juris Civilis enumerat edicta Prætorum. *l. 2. §. 10. ff. de Orig. Juris*, & aliis textibus, quos passim in libris J. C. & Cod. invenies; ubi observatur jus Prætorium, & etiam in libris Inst. quos ego nè molestus fiam, omitto. De Jure Prætorio egerunt, præter Classicos & Institutistas in dictis locis, Donellus *lib. 1. Com. cap. 8. lit.* P. & ibi Osualdus in notis, Antonius Faber in *papin. tit. 2. prin.* 10. *per totum*, Andreas Fachineus *Contr. jur. lib. 13. cap. 19.* Pichardus in §. *quos autem*, 1. *Inst. de bonor. possess. n. 2.* Connanus *lib. 1. Com. cap. 15.* Pancirolus *lib. 1. var. cap. 34. & lib. 2. cap.* 12. D. Franciscus de Amaya *lib. 1. obs. cap. 13. n. 12.* De maxima Prætoris autoritate mentionem facit tex. in *cap. 3. lib. 3. Esdræ*, ubi Darius fecit cenam magnam omnibus Magistratibus Mediæ & Persidis, omnibus purpuratis, Prætoribns, & Consul bus, & posteà illos in Concilium vocavit, in quo textu Prætores Consulibus præpônuntur.

Ratio autem, cur Edicta Prætorum sunt jus 213

Civile, jam ex fupradictis conftat, quià quamvis Prætor nullam haberet poteftatem Juris condendi, tamen non contradicente populo fibi Prætor ufurpavit exercitium juris condendi, & fic edicta Prætorum propter honorem & autoritatem Magiftratûs Prætorii tanquam jus Civile fuerunt obfervata, Vinnius *in* §. 8. *Inft. de jur. natur. gent. & Civili.* 2dà. ratio; quia magis poterat Prætor, quàm Juris Confulti feu Prudentes, quia Prætor poterat adjuvare, fupplere & corrigere Jus Civile, *l.* 7. §. 1. *ff. de Jure.* Prudentes autem non poterant corrigere, & fupplere jus Civile, fed tantùm interpretari, ùt confiderat Antonius Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 9. *Illat.* 2. Sed refponfa Prudentum funt fpecies Juris Civilis §. *refponfa Prudentum* 9. *Inft. de Jur. Nat. Gent. & Civil* §. 3. *Inft. eodem.* Ergò argumento à minori ad majus, quod in jure validum eft, cap. *cum in cunctis de elect. l.* 2. §. *quædam*, *ff. de interdictis*, *leg. pen. ff. fi quis cautionibus Authe. multò magis Cod. de Sacros. Eccles.*; ùt exornat Everardus, *in topic. loco* 65. edicta Prætorum funt verè fpecies Juris Civilis. Tertia ratio, quia jus, cùm fit *Sanctio fancta jubens honefta, prohibenfque contraria*, juxta Moraliftas; vel juxta Legiftas: *conftitutio jubens permittenfque quæ recta funt, prohibenfque contraria*, his, quibus impofita eft parendi neceffitatẽ infert; cumque edicta Prætorũ talia fint, fequitur, quòd edicta Prætorum funt Jus; fed non naturale, neque Gentium: Ergò argumento à partium enumeratione, feu à divifione, quod in jure validum eft *l. Patre furiofo* 8. *ff. de his, qui funt fui vel alieni Juris*, cap. *cum dilectus de jure Patronatus*, junctis, quæ tradit Everardus *in topicis legalibus loco* 51. Edicta Prætorum funt verè Jus Civile.

DIS-



DISSERTATIO II.

De manumissione servorum apud Prætorem celebrata.

1. *Apud Prætorem poterat fieri servi Manumissio.*

2. *Conciliatur lex. in l. 1.* ff. de Officio Prætoris cum leg. 10. ff. de Jurisdictione.

3. *Enodatur lex 1. §. 2.* ff. de Offic. Consulis.

4. *Explicatur lex 2. §. 1. ff. de Officio Pro Consulis.*

5. *Corrigitur tex. in leg. 17.* §. 1. ff. de Manumiss. Vindicta.

6. *Manumissio quacunque die, & quocúmque loco poterat celebrari.*

7. *Observatur Raritas tex. in l. 8. ff. de Manumissis vindicta.*

8. *Apud Prætorem poterat celebrari adoptio specifica, & Emancipatio.*

9. *Et etiam Tutoris datio.*

10. *Discutitur illa quæstio, an datio Tutoris sit Jurisdictionis, vel specialis Concessionis à lege.*

11. *Hodie datio Tutoris jam est Jurisdictionis.*

1.

Ex Regula suprapposita, quòd Edicta Prætorum propriè sunt Jus Civile, multa Corollaria dispersa fuerunt in libris Digest. Cod. & Instit. quæ omnia me in præsenti referre longissimum & fastidiosum esset; solùm enim magìs necessaria & minùs ab authoribus explicata adducam. Primò igitur ex dicta regula sequitur, quòd poterat servum manumittere Prætor, & celebrare manumissionem, ità Justin. in §. *Servi* 2. *Instit.*

Instit. de libertinis, ità Institutistæ, Antonius Faber *in Papin. tit. 5. prin. 4. illat.* 1. Ratio decidendi est, qa. cùm manumissio vindicta fieret quadam Virgulâ, quam afferebat lictor Magistratus, quæ imponebatur capiti manumittendi, Institutistæ in §. 1. *Instit. de libertinis*, sequitur quòd ille Magistratus, qui ante se ferebat lictores, poterat manumittere vindicta servos; sed Prætor ante se ferebat lictores, ut dixi suprà *n.* 182. Ergò Prætor potest vindictâ servum manumittere; similiter apud Consulem, apud Pro-Consulem, & Præsidem Provinciæ poterat fieri manumissio, cùm isti ante se lictoribus uterentur, *d.* §. 2. *Instit. de libertinis l.* 1. *cum suis* §§. *ff. de officio Consulis. leg.* 2. *ff. de officio Pro-Consulis l.* 2. *ff. de officio Præsidis*, *leg.* 5. *ff. de manumissis vindicta.* Faber *d. illat.* 1. 2a. ratio est; qa. manumissio solùm potest fieri apud illum, qui habet Jurisdictionem ordinariam, & non apud illum, qui habet Jurisdictionem delegatam, sicuti adoptio, & emancipatio, *leg:* 1. *ff. de officio. Juridici*, ubi dicitur, quòd *adoptare quis apud Juridicum potest, quia ei legis actio data est*; sed Prætor habebat Jurisdictionem ordinariam, & non delegatam, cùm esset Magistratus à Populo creatus, ut Jus diceret, sicut Consules *leg.* 2. §. 27. *ff. de Orig. Jur.*; ergò. apud Prætorem poterat fieri servi manumissio.

2 Attendas quæso, & inspice veritatem hujus dicti in *leg.* 1. *ff. de officio Prætoris*; ubi Pater quidam habebat filium Prætorem, voluitque apud filium servum manumittere, quæsivit Consultus an posset? & respondet affirmative. Non dubitavit in hoc Consultus Ulpianus, nec in hoc ego dubito, quia in his quæ sunt publici juris veluti Magistratus, Fliusfam. pro Patrefam. habetur, *leg.* 9. *ff. de his, qui sunt sui vel alieni juris l.* 77. *ff. de judiciis l.* 14. *ff. ad Trebellianum.* Solùm dubitavi, & fecit mihi diffi-

difficultatē contra istum textum textus in *l. qui* 10. *ff. de jurisdictione*, ubi Pater non potest filio jus dicere, nec Maritus Uxori: ergò pariter filius non potest jus dicere Patri, & per consequens Pater non poterit servum suum manumittere apud filium suum Prætorem. Huic difficultati sic puto responderi posse, quòd actus jurisdictionis sunt in duplici differentia: alii sunt actus voluntariæ jurisdictionis, & alii sunt actus contentiosæ jurisdictionis. Actus voluntariæ Jurisdictionis sunt illi, qui de plano, & sinè forma judicii expediuntur, *l.* 9. §. 1. *&* 2. *ff. de Officio Pro-Consulis*. Actus contentiosæ jurisdictionis sunt illi, qui fiunt in forma judicii, & Judice prò Tribunali sedente, v. g. Citatio & sententiæ prolatio, Antonius Faber *in Papin. tit.* 5. *prin.* 4. ut posteà latiùs videbimus: lex igitur 10. *ff. de jurisdictione*, intelligitur, quod Pater & maritus filiis non possunt jus dicere in actibus contentiosæ jurisdictionis, in quo figura Judicii & Tribunal requiritur, quod non cadit in Patrem & filium propter personarum identitatem, *leg. si nulla* 4. *ff. de judiciis*; Secùs in actibus voluntariæ jurisdictionis, in quibus figura judicii non requiritur, in quo sensu intelligo textum *in leg.* 77. *ff. de judiciis*, ubi dicitur: *quod in privatis negotiis Pater filium* vel *filius Patrem judicem habere possint*, id est, in negotiis Jurisdictionis voluntariæ, & non contentiosæ, ut sentit Gothofredus *in glos. d. leg.* 77. *lit. z*; Cùm autem manumissio sit actus voluntariæ jurisdictionis, ùt posteà videbimus, hac de causa Pater apud filium Prætorem potest servum suum manumittere. Sic etiam intelligo tex. *in leg.* 1. §. *Consules*, 2. *ff. de officio Consulis*. ubi dicitur: quod Consul potest apud se servum suum manumittere: Nam quamvis nemo possit sibi jus dicere, *leg.* 10. *ff. de jurisdictione*, ùt in alia observatione videbimus,

mus, hoc intelligitur in actibus contentiosæ jurisdictionis, non in actibus jurisdictionis voluntariæ; & cùm manumissio sit actus non contentiosæ, sed voluntariæ jurisdictionis, rectè potuit *in d. l.* 1. §. 2. *de officio Consulis*, Consul apud se servum suum manumittere, & etiam Prætor, *l.* 5. *ff. de manumiss. vindictâ.*

4 Sed videtur supradictis obstare textus *in l.* 2. §. 1. *ff. de officio Pro-Consulis*, ubi apud Legatum Pro-Consulis non potest fieri servi manumissio: Cùm enim Legatus Pro-Consulis habeat jurisdictionem *l.* 4. §. 6. *l.* 5. *ff. de officio Pro-Consulis*, si Legatus Pro-Consulis non potest manumissioni authoritatē dare, neque apud Prætorem, quamvìs habeat jurisdictionem, poterit celebrari manumissio. Huic argumento respondetur, quod ad hoc, ut Magistratus possit celebrare manumissionem, requiritur, quod habeat jurisdictionem ordinariam, seù à lege, cùm manumissio sit actus legis, seu actus legitimus, arg. ex *leg.* 1. *ff. de officio juridici*, *l.* 1. *C. de adop.* Cùm autem Legatus Pro-Consulis non haberet jurisdictionem ordinariam, sed delegatam, non à lege, sed ab homine, utpotè à Pro-Consule, *leg.* 4. §. 6. *l.* 5. & 6. *ff. de officio Pro-Consulis*: jurisdictio enim ordinaria à lege provenit, & non ab homine, *l. more majorum. l. & quia ff. de jurisdict. l. cùm Prætor*, §. *judicem*, §. *item hi*, *ff. de judiciis*, Maranta de Ordin. Judicior. *p.* 4. *dist.* 5. *n.* 20. Oliban. *de iure Fisci cap.* 4. *n.* 37. *&* 38. Sanchez *de Matrim. lib.* 3. *disp.* 29. *n.* 2. Mastrillo *de Magistr. lib.* 6. *cap.* 1. *n.* 30. Carleval de Judiciis *lib.* 1. *disp.* 2. *n.* 1153. Pareja de *instr. edit. tom.* 1. *tit.* 2. *corol.* 6. *specie* 16. *n.* 183. Ex nostris Cancer. *p.* 3. *cap.* 12. *n.* 3. Fontanella *tom.* 1. *Claus.* 4. *glos.* 13. *p.* 3. *n.* 22. *& decis.* 375. *n.* 5. pluribus citatis Regens Cortiada *tom.* 1. *decis.* 8. *n.* 50. hac de causa apud Legatum Pro-Con-

Consulis non poterat celebrari manumissio; benè verò apud Prætorem, cujus Jurisdictio erat ordinaria à lege data. Nec refert, quòd Legatus Cæsaris habeat Jurisdictionem delegatam à Cæsare, seu ab homine, & tamen apud eum celebrabatur manumissio, expressus text. *in leg.* 7. *in fine ff. de manumissis* vindicta; cum nomine Præsidis contineatur Legatus Cæsaris. *l.* 1. *ff. de officio Præsidis*: & apud Præsidem manumissio celebrabatur, *d.* §. 2. *Inst. de libertinis, leg.* 2. *de officio Præsidis*. Ergò quamvis Legatus pro Consulis haberet Jurisdictionem delegatam, poterat apud illum celebrari manumissio. Nàm judex delegatus ad universitatem causarum æquiparatur judici ordinario *cap.* 27. §. *si verbo, de officio Delegati, leg. a judice, Cod. de judiciis, & ibi* Baldus *n.* 2. Alexander *n.* 6. Jason *n.* 7. Guttierez *lib.* 2. Canon. *q.* 2. *n.* 26. Sanchez. *de Matrim. lib.* 3. *disp.* 31. *n.* 2. Garcia de beneficiis *p.* 5. *cap.* 8. *n.* 35. Cancer. *p.* 3. *cap.* 10. *n.* 53. pluribus Regens Cortiada *tom.* 1. *decis.* 8. *n.* 26. loquens de Decanis foraneis Episcopi; & Legatus Cæsaris est Judex delegatus ad universitatem causarum, & sic habetur pro ordinario: Sicque apud Legatum Cæsaris poterat servi manumissio celebrari.

Sed adhuc non sumus liberati à difficultate, 5 cùm contra legem 2. §. 1. *ff. de Officio Pro consulis*, in quo dixit Consultus, quòd apud Legatum Pro Consulis non poterat fieri servi manumissio, insurgat difficilis textus in *leg.* 17. §. 1. *ff de Manumissis vindicta*, in quo textu dicit Consultus, quòd apud Legatum Proconsulis potest celebrari servi Manumissio. Quæ antinomia valdè cruciavit autorum ingenia. Jacobus Cujacius *obs. cap.* 1. *& lib.* 15. *cap.* 19. (quamvis reprehensus à Roberto *lib.* 1. *recep. lect. cap.* 29.) corrigit textum, addendo particulam, *non*, & sic litteram legit: *Sed & apud legatum ejus manumit-*

numittere non possumus, quâ correctione admissâ, cessat antinomia. Alii, ùt refert Gothofredus in *glos. ad d. leg.* 17. aliter corrigunt textum, ponendo locò particulæ, *ejus*, particulam, *Cæsaris*, sic: *sed & apud Legatum Cæsaris manumittere possumus*; sed quidquid sit, verum est, quòd textus non potest bene solvi, nisì una vel altera ex his correctionibus. Post hæc scripta vidi Fabrum *in papin. tit.* 10. *prin.* 4. *ill.* 2. qui conciliat dictas leges, dicendo, quòd Legatus Pro consulis suo proprio nomine non potest celebrare manumissionem, *d. l.* 2. §. 1. *de Officio Pro consulis*; benè verò nomine Pro Consulis, à quo habet mandatam Jurisdictionem, *d. l.* 17. *tit. de Mmnumissis vindicta*.

6 Manumissio hæc vindictâ, quæ fiebat de servo apud Prætorem, Consulem, Præsidem, Pro Consulem, Legatum Cæsaris & Præsidem Ægipti, *leg.* 21. *ff. de manumissis* vindictâ, poterat fieri semper, id est, quocunque die & tempore, & quocunque loco *d. §.* 2. *Inst. de Libertinis*, Antonius Faber *in papin. tit.* 5. *prin.* 4. *ill.* 1. quacunque die poterat fieri Manumissio, sivè esset dies Juridica, sivè feriata, quâ de causa dicit Consultus in *leg.* 7. *ff. de Manumiss. vindicta*, quod ad hoc ut manumissio servi fiat, non est necesse adire Prætorem pro Tribunali sedentem; Ratio hujus est, quia actus sunt in duplici differentia, alii sunt actus voluntariæ jurisdictionis, & sunt illi, qui de plano sinè forma judicii, & Tribunalis expediuntur, *l.* 9. §. 1. *&* 2. *ff. de Officio Pro Consulis* v. g. emancipatio, adoptio, & legitimatio; & alii sunt actus contentiosæ jurisdictionis; & sunt illi, qui fiunt in forma judicii & judice pro Tribunali sedente, v. g. Citatio, & Sententiæ prolatio. Actus voluntariæ jurisdictionis possunt fieri quacúmque die, sive juridica, sivè feriata, cùm in ipsis non requiratur Partis Citatio, Speculator *in*

tit.

tit. de feriis §. *sequitur vers. quod si inferiis*, Calvolus in §. *feriæ Concl.* 2. *n.* 19. Antonius Faber in *Cod. lib.* 3. *tit.* 11. *de feriis*, *defin.* 5. Azor. Instit. *Mor. p.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *qu.* 12. Cardoso in *Praxi Judiciorum* verbo *feriæ*, Barbosa in *cap. conquestus de feriis n.* 4. Ex Nostris Paguera 1. *tom. decis.* 53. *n.* 12. Fontanella *de pact. Nup. to.* 1. *Claus.* 1. *n.* 26. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 14. *n.* 145. sic emancipatio cùm sit actus voluntariæ Jurisdictionis potest fieri die feriata. Speculator *tit. de feriis*, §. *sequitur n.* 7. Mierrez. *tit. de emancip.* 2. *Collect.* 6. *n.* 22. Cancer var. *p.* 1. *cap.* 10. *n.* 32. textus de jure Communi in leg. *actus* 8. *Cod. de feriis.* Fontanella *de pact. Nup. tom.* 1. *Claus.* 1. *n.* 26. sic Notarius die feriata potest instrumenta conficere, cum hoc sit actus voluntariæ Jurisdictionis, Fontanella ubi supra n. 26. quamvis verum sit, quòd Notarius mortaliter peccet, si die festiva absque causa pietatis vel necessitatis instrumenta conficiat, quia opus servile exercet, pluribus Fontanella ubi supra n. 27. & 28. actus autem contentiosæ Jurisdictionis non possunt fieri die feriata, sed solùm die juridica. Faber *in Papin. tit.* 5. *prin.* 4. quia in his requiritur Judicem pro Tribunali sedere, quod solùm fit die. juridica, & sic tales actus facti die feriata sunt nulli. Suarez *de Relig. tom.* 1. *tract.* 2. *lib.* 2. *cap.* 30. *n.* 1. aliis per Barbosam in *cap. conquestus de feriis n.* 31. D. Acacius Antonius de Ripoll ad Pagueram in *praxi. Civil. Rub.* 14. *n.* 144.; Cùm autem manumissio servi sit actus voluntariæ Jurisdictionis *l. actus* 8. *Cod. de feriis*, quia ad manumissionem non requiritur partis Citatio, & manumissio non redditur in invitum; quamvis enim servus invitus possit manumitti, ùt Faber *tit.* 5. *prin.* 4. *ille.* 1. tamen Dominus nisì volens non cogitur manumittere servum: hac de causa manumissio quolibet die sivè Juridica sivè feriata celebrari potest, Hac simili

T ed

de causa cùm actus voluntariæ Jurisdictionis possint in quocunque loco fieri, *l. actus* 8. *Cod. de feriis*, potest manumissio servi fieri in quocunque loco, non enim requirebatur quòd Prætor pro Tribunali sederet, sed quando Prætor transibat in balneum causâ lavandi, vel in theatrum causâ ludorum, solebant fieri servi manumissiones, §. 2. *Inst. de Libertinis. l.* 7. *ff. de manumissis vindicta.* Faber *in papin. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1. adeò ut quando Consules in diebus auspicalibus, quibus annum aperiebant, ibant in templum Jani causa offerendi vota, in transitu solebant fieri servorum manumissiones, Joannes Savaro. ad Sidon. *Carm.* 2. *vers.* 544.

- - - Aut ter consule dicam;
Nam modo nos jam festa vocant, & ad Ulpia poscunt
Te Fora, donabis, quos libertate, Quirites.

Claudianus *d.* 4. *Conf. Honor. Vers* 612.

Te fastos ineunte quater solemnia ludit
Omnia libertas, Famulusque jugo laxatur
Herili.

Cassiodorus *lib.* 6. *epist.* 1. Bulengerus *lib.* 1. *de Imp. Rom. cap.* 20. Petrus Faber *lib.* 2. *Semestr. cap.* 20. D. Franciscus de Amaya *in Cod. ad lunic. Cod. de oblat. votorum n.* 11.

7 Rarus est in hac materia textus in leg. *ego.* 8. *ff. de manumiss. vindicta*, in quo textu juris Consultus Ulpianus refert casũ, quòd cùm ipsemet reperiretur cũ Prætore in quadã Villa causâ recreationis, accessit ad Prætoré quidam Dominus cum servo, volens servum manumittere, Prætor non habebat lictoré in villa ad celebrandã manumissionem, consuluit Ulpianum, & Ulpianus passus fuit manumissionem vindictâ absque lictore celebrari, Faber *in papin. d. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1, ex quo jam videtur, quod manumissio

missio poterat fieri in quolibet loco, in quo Prætor inveniebatur. Raritas textus *dict. leg.* 8. *ff. de manumiss. vindicta* non consistit in hoc; sed in eo, quod cùm manumissio vindicta fieret illa Solemnitate, quòd lictor Prætoris Virgula quadam, quæ dicebatur *festuca*, tangebat Caput servi, & Domino quædam verba proferente, servus manumittebatur: Boëtius *in topic. Ciceronis*: Persius *Satiras*.

Vindicta postquam meus à Prætore recessi,
Cur mihi non liceat, jussit quodcunque voluntas?

Mynsinger. Vinnius, Pichardus in §. 1. *Instit. de Libertinis*, quomodo potuit consulere Ulpianus, & potuit Prætor absque lictore, & Virgula servum manumittere? Difficultatem tetigit Antonius Faber *in Papin.* ubi supra; sed non attulit solutioné, quæ meo judicio talis est, quod cùm solemnitas illa Virgulæ, & lictoris in manumissione esset solemnitas extrinseca & accidentalis, potuit à Prætore dispensari, ut fieret illa manumissio absque lictore: sicuti quia verba Solemnia, quæ à Domino in manumissione servi proferebantur, erant de solemnitate extrinseca & accidentali, jam olim non requirebatur, quòd Dominus talia solemnia verba proferret in manumissione servi, formalis Text. *in leg.* 23. *ff. de Manumiss. vindicta.* Forma autem intrinseca & essentialis manumissionis servi solùm erat autoritas Magistratûs, & voluntas Domini manumittere volentis.

8 Ex eisdem principiis, nè multum in his immorer, descendit, quod etiam adoptio & emancipatio poterant apud Prætorem fieri, sic intelligendus Justin. *in* §. 1. *Instit. de adopt.* ubi dicit, quòd adoptio specifica fit Imperio Magistratus, ibi: *Imperio Magistratûs adoptamus*; sed Prætor habet imperium Magistratûs & Jurisdictionem, *l.* 2. §. 27. *ff.*

de Orig. Juris; ergò apud Prætorem poteſt adoptio ſpecifica celebrari; non autem arrogatio, quæ olim apud populum Kalatis Comitiis celebratur, ùt dixi ſuprà n. 133. & poſteà apud Principem poſt legem regiam, §. 1. *Inſt. de adop.* cùm quia adoptio, & emancipatio fiunt apud illos Magiſtratus, apud quos legis actio eſt, *l.* 4. *ff. de adopt. l.* 1. *Cod. eod. l.* 3. *ff. de Officio Proconſulis*, Faber *in papin. tit.* 10. *prin.* 4. *ill.* 1. *&* 2. Sed apud Prætorem eſt legis actio *l.* 2. §. 27. *ff. de Origine Juris*, cùm Prætor eſſet Executor legum & viva vox Juris Civilis *l.* 8. *ff. de Juſtitia & Jure*; ergò apud Prætorem poteſt fieri adoptio & emancipatio.

9 Poterat olim etiam apud Prætorem celebrari datio Tutoris Attiliani, ſeu Dativi, in initio cum majori parte tribunorum Plebis, *prin. tit. Inſtit. de Attiliano Tutore*, Ulpianus *in frag. tit.* 11. §. 17; poſteà verò ex Conſtitutionibus, & præcipuè D. Juſtini Patris adoptivi noſtri Imperatoris Juſtiniani (*de quo in leg. Jus dandi, ff. de tutoribus, & Curator: datis ab his*) ſolus Prætor in urbe tutores dabat, adeò quòd Imp. M. Antoninus Philoſophus primus tutelarem Prætorem creaverit, Capitolinus *in vita M. Antonini*, §. 3. *&* 4. *Juſtit. de Attiliano Tutore*, Faber in *papin. tit.* 12. *prin.* 4.; & ratio eſt, quia ùt ait Faber *d. prin.* 4. & *prin.* 1. *ill.* 14. jus dandi Tutores & Curatores non competit Magiſtratibus ratione ſui Imperii, ſeù Juriſdictionis, ſed ſolùm iis Magiſtratibus, quibus à Lege, Principe, vel Senatus Conſulto ſpecialiter conceſſum eſt, *l.* 6. § *tutores*, *ff. de Tutelis.* Faber *in papin. tit.* 12. *prin.* 1. *ill.* 14. *& prin.* 4. Goveanus *lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 15. Cujacius *lib.* 11. *qq. Papin. ad l.* 5. *ff. de confirm. Tutor.* Donellus *lib.* 3. *cap.* 7. ubi plures Oſualdus *lit.* C. Retes *de Interdictis lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 5. *in fine.* Inde intelliges, cur apud Legatum Proconſulis quamvìs non potuiſſet celebrari manumiſſio,

missio, poterat tamen fieri datio Tutoris, etsi Proconsulis Legatus non haberet ordinariam Jurisdictionem, sed demandatam, cum hoc ei à lege specialiter esset concessum, ut posset Tutorem dare, utpote ex Oratione D. Marci, *leg.* 1. §. 1. *ff. de tutoribus & Curat. datis ab his*, sed Prætori à lege specialiter erat concessum Tutorem dare, *tot. tit. ff. de tutorib. & Curat. datis ab his.* Faber *in papin. dict. tit.* 12. *prin.* 4. *Ill.* 1. ergò apud Prætorem poterat celebreri datio tutoris. Et cùm ejus sit tollere, cujus est condere, *l.* 16. *Cod. de Legibus.* Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 2. sequitur quòd in urbe Romæ poterat Prætor removere Tutorem de suspecto accusatum §. 1 *Inst. de suspect. Tutor. & Curator. l.* 1. §. *damus ff. eod.* Faber *in papin. tit.* 25. *prin.* 4.

Hic intrat illa celebris quæstio in hac materia, 10 an datio Tutoris Attiliani sit Jurisdictionis & competens Magistratibus vi, & ratione imperii, an verò specialis privilegii, & concessionis à lege? quam tractant omnes Institutistæ *in* §. 4. *Instit. de Attiliano tutore*, & Faber *in papin tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14. quam propterea succinctè pro operis brevitate tractabo; & quidē verior, ac receptior sententia est, quod datio Tutoris, & Curatoris non est Jurisdictionis, sed competit Magistratibus ex speciali legis concessione. Pro quo habemus capitalem textum *in leg.* 6. §. *Tutoris datio, ff de Tutelis*, in qua dicitur: quod *Tutoris vel Curatoris dandi jus habent ii tantum Magistratus, quibus specialiter id concessum est vel à lege, vel à Senatus Consulto, vel à Principe*: ex quo tex: clarè infertur, dationem tutoris non esse Jurisdictionis, sed specialis concessionis à lege; 2dò quia illa quæ sunt Jurisdictionis, & imperii possunt delegari, *l.* 1. *in prin. &* § *l* 2. §. 1. *ff. de Officio ejus, cui mandata est Jurisdictio.* Faber *tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14; Sed datio tutoris non potest delegari, nec tota Jurisdictione delegata

gatâ transit in delegatum jus dandi Tutores & Curatores, *l. 8. ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his*, Faber ubi supra; ergò datio Tutoris non est Jurisdictionis. 3iò. quia potestas dandi tutores concessa Magistratibus est subrogata in locum potestatis, quam habent Patres in casu, quo filiis non dant testamentarios Tutores, *prin. tit. Inst. de, Attilian. tutore*, sed illa potestas Patris non erat Jurisdictionis, cùm Pater esset privata Persona, sed legis 12. tab. *leg. 1. ff. de Testam. tutela S. 3. Instit. de tutelis*, ut sic Mynsingerus *in* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore n.* 8. Ergò datio tutoris non est Jurisdictionis, sed specialis concessionis à lege, & sic nec meri nec mixti imperii, nec Jurisdictionis. Nec contrà hanc veritatẽ quidquã momenti faciuntaliquæ difficultates, & argumenta: Primò: Justinianus *in* §. 4. *Instit. de Attiliano Tutore* dicit, quòd Romæ Præfectus urbis, vel Prætor tutores creat secundùm suam jurisdictionem. 2dò. Idem repetit Juris Consultus in *l 1. ff. de Jurisdictione*, ubi dicit inter alia, quod dare Tutores jurisdictionis est; 3ò. quia cognitio criminis suspecti tutoris jurisdictionis est, & ideò mandata à Prætore generali jurisdictione, Judex delegatus potest cognoscere de crimine suspecti tutoris, seu Curatoris, *l. 1. §. 4. ff. de suspect. tutor.* Ergò cùm contrariorum eadem sit ratio, *leg. etsi in fine, ff. de vulgar. prin. tit. Inst. de his, qui sunt sui vel alieni Juris prin. tit. Instit. de Tutelis*, §. *illud, Instit. de Societate, l. pen. Cod: de solutionibus*, Cicero *lib. 2. de Oratione*, Baldus *in leg. Conventiculam, Cod. de Episcopis & Clericis*, pluribus Everardus *in topicis, loco 75.* & cum ejus sit tollere cujus est condere, *leg. ultim. Cod. de legibus*, dare tutores & Curatores erit Jurisdictionis, & delegari poterit. 4tò. quia Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores poterant creare, si non erant magnæ Pupilli facultates, *leg. 3 ff. de*

ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his, *l.* 2. §. 23. *ff. ad Tertullianum*, §. 4. *Inst. de Attilian. Tutor.* Ergò datio Tutoris potest demandari & delegari; sed solùm illa possunt delegari, quæ sunt Jurisdictionis *l:* 1. *ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, Faber *tit.* 12. *prin.* 4. *illat.* 3. Ergò datio Tutoris & Curatoris est Jurisdictionis. Dissolvamus difficultates: Prima & secunda duabus solutionibus resolvuntur: Prima cum Arnoldo Vinnio *in* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore*, dicendo, quod hoc verbum *jurisdictio*, in lata significatione non solùm comprehendit ea, quæ competunt Magistratibus jure & imperio Magistratûs; sed etiam ea, quæ Magistratibus speciali concessione à lege tributa sunt, & in hac lata significatione sumitur verbum, *jurisdictio*, *in* §. 4. *Instit. de Attiliano Tutore*, & in *leg.* 1. *ff. de jurisdictione*: secunda cum eodem Vinnio, Mynsinger. *in d.* §. 4. Fabro *in Papin. dicta illat.* 14. Osualdo ad Donellum *lib.* 3. *cap.* 7. *lit. C.* ubi nostram quæstionem pluribus citatis Authoribus & rationibus allegatis pertractat, dicendo, quòd illa verba, *secundum suam jurisdictionem*, *d.* §. 4. non referuntur ad potestatem dantis Tutorem, ita ut potestas pendeat à jurisdictione, sed referuntur ad personas, quibus & quæ dantur Tutores, ità ut sensus sit, quòd Prætor non potest dare Tutorem nisi pupillo, qui sit suæ Jurisdictionis, & non potest dare Tutorem nisi eum hominem, qui sit suæ Jurisdictionis, *l.* 1. *leg.* 6. *in fine ff. Tutor. & Curat. datis ab his*, Codex Fabrianus *lib.* 5. *tit.* 9. *definit.* 1. Cavalcanus *de tutel.*, *Cart.* 10. *n.* 3. Franciscus Marcus *decis.* 251. *p.* 1. Vesembecius *in tit. qui petant Tutores n.* 4. Alexand. *cent.* 1. *n.* 10. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 2. *n.* 14. *& sic* in hoc sensu *in leg.* 1. *ff. de jurisdict.* dicitur, quod datio Tutoris est jurisdictionis, 3æ. difficultati respondetur cum Fabro

d. ill.

d. ill 14. quòd cognitio criminis de ſuſpecto Tutore eſt jurisdictionis & poteſt delegari; ſecùs autem Tutoris datio: Ratio differentiæ eſt, quia intereſt Pupillorum, quòd ſint plures Magiſtratus, qui de crimine ſuſpecti Tutoris cognoſcere poſſint, nè doloſus & perfidus Tutor diutiùs in Patrimonio Pupilli graſſetur, Faber *ubi ſuprà.* Fraus enim & dolus omnibus literis divinis & humanis reprobata eſt. Damnatur fraus & dolus *cap.* 19. *Levit. vers.* 11. *nec decipiet unuſquiſque proximum ſuum*, Jeremiæ *cap.* 5. conqueritur Deus O. M. quia in populo ſuo inventi ſunt impii inſidiantes, quod repetit *cap.* 6. *Jerem.* Apoſtolus 1. *Corinth. cap.* 6. condemnat doloſos, quod Regnum Dei non poſſidebunt: Ab antiquis Philoſophis Cicero de amicitia: *Maxima culpa eſt in eo, qui & veritatem aſpernatur, & in fraudem obſequio impellitur.* Seneca in proverb. *fraus eſt accipere, quod non poſſis reddere.* A Sanctis Patribus, D. Gregorius *ſup. cap.* 9. *Job. duo timenda ſunt in bonis operibus, deſidia videlicet, & fraus*: D. Iſidorus *lib.* 2. *Sent.* ùt habetur in *Can. quæcunque* 22. *q.* 5. Dupliciter autem reus ſit, quia & nomen Dei in vanum, & proximum dolo capit, A Poëtis *Ovidius lib.* 1. *de arte amandi:*

Reddite depoſitum: Pietas ſua fœdera ſervet:
Fraus abſit: vacuas cædis habete manus.

Catullus.

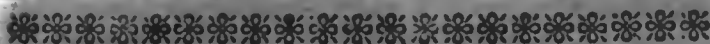
Nec facta impia fallacium hominum Cœlicolis placent.

Ut nonnulla alia videre poteris apud Langium in Polyanth. verbo *fraus*, & verbo *dolus*: Si igitur fraus & dolus jam reprobatus eſt, nihil mirum, quòd leges ſint faciles in cauſis ſuſpicionum: Sic judex ſuſpectus à parte recuſari poteſt, cùm nihil periculoſius ſit in judiciis quàm litigare coram judice ſuſpecto, *Can. quòd ſuſpecti* 3. *q.* 5. *cap.*

cap. cum inter de excep. l. apertissimi Cod. de judiciis, Cardinalis Tuscus *lit. S. Conclus.* 910. *n.* 1. Giurba *dec.* 48. *n.* 1. Riccius *decis.* 333. *p.* 2. *n.* 1. Guazin. *defen.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. Grassis. *de excep.*, 24. *excep. n.* 6. Capicius Latro *consult.* 101. *lib.* 2. *n.* 1. Bovadilla pluribus sanctorum exemplis *in polit. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 122. ex nostris Ramon. *Cons.* 3. *n.* 35. Berart. *in specul. visitat. cap.* 6. *n.* 3. Fontanella *tom.* 1. *decis.* 1. *n.* 1. multis Regens Cortiada *tom.* 1. *decis.* 18. *n.* 1. sic etiam in causis contentionum Cancellarius tanquam suspectus potest recusari, Michaël Ferrer. *p.* 3. *ob. cap.* 92. pluribus Cortiada *d. decis.* 18. *n.* 10. & in terminis pupillorum, seu impuberum præceptum fuit à Deo O. M. *cap.* 22. *Exodi*, dum dixit: *Viduæ & pupillo non nocebitis.* Quæ ratio cùm non militet in datione Tutoris, hac de causa cognitio de crimine suspecti Tutoris erat Jurisdictionis, & poterat delegari; non autem datio Tutoris. Quartæ & ultimæ difficultati respondetur, quòd quamvis Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores darent, §. 4. *Inst. de Attiliano Tutor.* Hoc non ità erat, quia esset hoc eis à Præside demandatum, sed quia à lege ejs specialiter concessum erat, quòd possent Tutores dare, si priùs tale negotium ad Præsidem detulissent, & cum eo consultâssent, *d. l.* 3. *ff. ad SCtum Tertullianum*, sicut Legatus Pro-Consulis quamvis haberet Jurisdictionem delegatam, poterat dare Tutorem, quia hoc ex oratione D. Marci ei specialiter indultum erat, *l.* 1. §. 1. *ff. de Tutor. & Curator. datis*, Vinnius *in d.* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore.*

Pro Coronide hujus Dissertationis advertendum est, quòd hodie jure novo moribus jam receptum est, quod datio Tutoris sit Jurisdictionis & imperii, & competit Judici ordinario cujuscum- 11

que loci, aliis citatis Osualdus ad Don. *lib. 3. cap. 7. lit. l. in fine*, ex nostris pluribus citatis Ripoll. ad Pagueram *in pract. Civili rub. 2. n.* 6. de cujus assignationis Tutoris processu, & aliis ad praxim necessariis vide Ripoll. in *Practica Curiæ Vicariæ Barcinonis, rubr.* 10. *per totam.*



DISSERTATIO III.

De forma Testamenti à Prætore introducta, variáque de Testamentis explicantur.

INtentum authoris.

2. *Definitio testamenti adducitur.*

3. *Testamentorum genera.*

4. *Testamentum Kalatis Comitiis.*

5. *Testamentum in Procinctu.*

6. *Hæc duo testamenta fuerunt antiquata.*

7. *Rationes propter quas testam. in Procinctu antiquatum fuit.*

8. *Explicatur tertium genus testam., scilicet testam. per æs & libram.*

9. *Contractus emptionis, & venditionis ab omni jure fuit approbatus.*

10. *Substantia tota emptionis in pretio consistere debet.*

11. *Explicatur quid sit, & quomodo intelligatur imaginaria venditio.*

12. *Imaginaria Venditio dicitur Mancipatio, & Cur?*

13. *Res Mancipi solum per Manumissionē & imaginariam venditionem poterant alienari.*

14. *Explicantur solemnitates cessionis in jure.*

15. *Solemnitates imaginariæ venditionis dicuntur nexus.*

16. *Explicantur solemnitates imaginariæ venditionis.*

17. *Objectiones contrà dictas solemnitates ponderantur.*

18. *Eno-*

18. Enodatur Libripens Romanorum.

19. Referuntur solemnia verba Mancipationis.

20. In lucem prodit manumissio fiduciaria.

21. Gravissimum & enorme est fidem frangere.

22. Regna propter ruptionem fidei & injustitias destruuntur.

23. Mancipatio sinè fiducia elucidatur.

24. Adoptio per Mancipationem.

25. Matrimonium per Coëmptionem.

26. Testamentum per æs & libram.

27. An in testamento per æs & libram emptor familiæ esset distincta Persona ab hærede?

28. Quo tempore fuit in Usu hoc testamentum.

29. Rationes introductivæ testamenti per æs & libram.

30. Cur in testamento per æs & libram requirebantur quinque testes.

31. Testamentum per æs & libram in desuetudinem abiit.

32. Testamenti nova forma à Prætore introducta.

33. Quæ fuerit hæc forma testamenti Prætorii.

34. In Testamento fin. §. rio 7. testes requiruntur.

35. Prætor disposuit de testamento scripto, & non de nuncupativo.

36. Prætor constituit, quòd signa testium apponerentur in Testamento Prætorio.

37. Qui fuerint inventores litterarum, seu artis scribendi.

38. De Materia in qua antiquitùs scribebatur & 39.

40. Varia nomina, quibus Romani nominabant testamentum.

41. Expositio ad §. nihil autem interest, 12. Inst. de Testamentis.

42. Dubitatur contra dictum §. 12. de testam. & n. 43.

44. Enodatur antiquus annulorum Usus.

45. Annuli aurei, qui ornatûs causâ gestabantur.

46. Annuli Signatorii.

47. Romani non signabant Annulis ornatûs causâ, sed annulis signatoriis.

48. Annulo signatario arma familiæ sculpebantur.

49. Cur Prætor voluit quòd testes signarent testamentum suis signis.

50. Explicatur forma, quâ testes

de causa cùm actus voluntariæ Jurisdictionis possint in quocunque loco fieri, *l. actus* 8. *Cod. de feriis*, potest manumissio servi fieri in quocunque loco, non enim requirebatur quòd Prætor pro Tribunali sederet, sed quando Prætor transibat in balneum causâ lavandi, vel in theatrum causâ ludorum, solebant fieri servi manumissiones, §. 2. *Inst. de Libertinis. l.* 7. *ff. de manumissis vindicta.* Faber *in papin. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1. adeò ut quando Consules in diebus auspicalibus, quibus annum aperiebant, ibant in templum Jani causa offerendi vota, in transitu solebant fieri servorum manumissiones, Joannes Savaro. ad Sidon. *Carm.* 2. *vers.* 544.

- - - Aut ter consule dicam;
Nam modo nos jam festa vocant, & ad Ulpia poscunt
Te Fora, donabis, quos libertate, Quirites.

Claudianus *d.* 4. *Cons. Honor. Vers* 612.

Te fastos ineunte quater solemnia ludit
Omnia libertas, Famulusque jugo laxatur
Herili.

Cassiodorus *lib.* 6. *epist.* 1. Bulengerus *lib.* 1. *de Imp. Rom. cap.* 20. Petrus Faber *lib.* 2. *Semestr. cap.* 20. D. Franciscus de Amaya *in Cod. ad lunic. Cod. de oblat. votorum n.* 11.

7 Rarus est in hac materia textus in leg. *ego.* 8. *ff. de manumiss. vindicta*, in quo textu juris Consultus Ulpianus refert casũ, quòd cùm ipsemet reperiretur cũ Prætore in quadã Villa causâ recreationis, accessit ad Prætorẽ quidam Dominus cum servo, volens servum manumittere, Prætor non habebat lictorẽ in villa ad celebrandã manumissionem, consuluit Ulpianum, & Ulpianus passus fuit manumissionem vindictâ absque lictore celebrari, Faber *in papin. d. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1. ex quo jam videtur, quod manumissio

missio poterat fieri in quolibet loco, in quo Prætor inveniebatur. Raritas textus *dict. leg.* 8. *ff. de manumiss. vindicta* non consistit in hoc; sed in eo, quod cùm manumissio vindicta fieret illa Solemnitate, quòd lictor Prætoris Virgula quadam, quæ dicebatur *festuca*, tangebat Caput servi, & Domino quædam verba proferente, servus manumittebatur: Boëtius *in topic. Ciceronis*: Persius *Satiras*.

Vindicta postquam meus à Prætore recessi,
Cur mihi non liceat, jussit quodcunque voluntas?

Mynsinger. Vinnius, Pichardus in §. 1. *Instit. de Libertinis*, quomodo potuit consulere Ulpianus, & potuit Prætor absque lictore, & Virgula servum manumittere? Difficultatem tetigit Antonius Faber *in Papin.* ubi supra; sed non attulit solutioné, quæ meo judicio talis est, quod cùm solemnitas illa Virgulæ, & lictoris in manumissione esset solemnitas extrinseca & accidentalis, potuit à Prætore dispensari, ut fieret illa manumissio absque lictore: sicuti quia verba Solemnia, quæ à Domino in manumissione servi proferebantur, erant de solemnitate extrinseca & accidentali, jam olim non requirebatur, quòd Dominus talia solemnia verba proferret in manumissione servi, formalis Text. *in leg.* 23. *ff. de Manumiss. vindicta.* Forma autem intrinseca & essentialis manumissionis servi solùm erat autoritas Magistratûs, & voluntas Domini manumittere volentis.

Ex eisdem principiis, nè multum in his immorer, descendit, quòd etiam adoptio & emancipatio poterant apud Prætorem fieri, sic intelligendus Justin. *in* §. 1. *Instit. de adopt.* ubi dicit, quòd adoptio specifica fit Imperio Magistratus, ibi: *Imperio Magistratûs adoptamus*; sed Prætor habet imperium Magistratûs & Jurisdictionem, *l.* 2. §. 27. *ff.* 8

de Orig. Juris; ergò apud Prætorem poteſt adoptio ſpecifica celebrari; non autem arrogatio, quæ olim apud populum Kalatis Comitiis celebratur, ùt dixi ſuprà n. 133. & poſteà apud Principem poſt legem regiam, §. 1. *Inſt. de adop.* cùm quia adoptio, & emancipatio fiunt apud illos Magiſtratus, apud quos legis actio eſt, *l.* 4. *ff. de adopt. l.* 1. *Cod. eod. l.* 3. *ff. de Officio Proconſulis*, Faber *in papin. tit.* 10. *prin.* 4. *ill.* 1. *&* 2. Sed apud Prætorem eſt legis actio *l.* 2. §. 27. *ff. de Origine Juris*, cùm Prætor eſſet Executor legum & viva vox Juris Civilis *l.* 8. *ff. de Juſtitia & Jure*; ergò apud Prætorem poteſt fieri adoptio & emancipatio.

9 Poterat olim etiam apud Prætorem celebrari datio Tutoris Attiliani, ſeu Dativi, in initio cum majori parte tribunorum Plebis, *prin. tit. Inſtit. de Attiliano Tutore*, Ulpianus *in frag. tit.* 11. §. 17; poſteà verò ex Conſtitutionibus, & præcipuè D. Juſtini Patris adoptivi noſtri Imperatoris Juſtiniani (*de quo in leg. Jus dandi, ff. de tutoribus, & Curator: datis ab his*) ſolus Prætor in urbe tutores dabat, adeò quòd Imp. M. Antoninus Philoſophus primus tutelarem Prætorem creaverit, Capitolinus *in vita M. Antonini*, §. 3. *&* 4. *Juſtit. de Attiliano Tutore*, Faber in *papin. tit.* 12. *prin.* 4.; & ratio eſt, quia ùt ait Faber *d. prin.* 4. & *prin.* 1. *ill.* 14. jus dandi Tutores & Curatores non competit Magiſtratibus ratione ſui Imperii, ſeù Jurisdictionis, ſed ſolùm iis Magiſtratibus, quibus à Lege, Principe, vel Senatus Conſulto ſpecialiter conceſſum eſt, *l.* 6. § *tutores*, *ff. de Tutelis.* Faber *in papin. tit.* 12. *prin.* 1. *ill.* 14. *& prin.* 4. Goveanus *lib.* 2. *de Jurisdict. n.* 15. Cujacius *lib.* 11. *qq. Papin. ad l.* 5. *ff. de confirm. Tutor.* Donellus *lib.* 3. *cap.* 7. ubi plures Oſualdus *lit.* C. Retes *de Interdictis lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 5. *in fine.* Inde intelliges, cur apud Legatum Proconſulis quamvis non potuiſſet celebrari manu-

miſſio,

missio, poterat tamen fieri datio Tutoris, etsi Proconsulis Legatus non haberet ordinariam Jurisdictionem, sed demandatam, cum hoc ei à lege specialiter esset concessum, ut posset Tutorem dare, utpote ex Oratione D. Marci, *leg.* 1. §. 1. *ff. de tutoribus & Curat. datis ab his*, sed Prætori à lege specialiter erat concessum Tutorem dare, *tot. tit. ff. de tutorib. & Curat. datis ab his.* Faber *in papin. dict. tit.* 12. *prin.* 4. *Ill.* 1. ergò apud Prætorem poterat celebreri datio tutoris. Et cùm ejus sit tollere, cujus est condere, *l.* 16. *Cod. de Legibus.* Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 2. sequitur quòd in urbe Romæ poterat Prætor removere Tutorem de suspecto accusatum §. 1 *Inst. de suspect. Tutor. & Curator. l.* 1. §. *damus ff. eod.* Faber *in papin. tit.* 25. *prin.* 4.

Hic intrat illa celebris quæstio in hac materia, 10
an datio Tutoris Attiliani sit Jurisdictionis & competens Magistratibus vi, & ratione imperii, an verò specialis privilegii, & concessionis à lege? quam tractant omnes Institutistæ *in* §. 4. *Instit. de Attiliano tutore*, & Faber *in papin tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14. quam propterea succinctè pro operis brevitate tractabo; & quidē verior, ac receptior sententia est, quod datio Tutoris, & Curatoris non est Jurisdictionis, sed competit Magistratibus ex speciali legis concessione. Pro quo habemus capitalem textum *in leg.* 6. §. *Tutoris datio, ff de Tutelis*, in qua dicitur: quod *Tutoris vel Curatoris dandi jus habent ii tantum Magistratus, quibus specialiter id concessum est vel à lege, vel à Senatus Consulto, vel à Principe*: ex quo tex: clarè infertur, dationem tutoris non esse Jurisdictionis, sed specialis concessionis à lege; 2dò quia illa quæ sunt Jurisdictionis, & imperii possunt delegari, *l.* 1. *in prin. &* § *l* 2. §. 1. *ff. de Officio ejus. cui mandata est Jurisdictio.* Faber *tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14., Sed datio tutoris non potest delegari, nec tota Jurisdictione dele-

gatâ transit in delegatum jus dandi Tutores & Curatores, *l. 8. ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his*, Faber ubi supra; ergò datio Tutoris non est Jurisdictionis. 3iò. quia potestas dandi tutores concessa Magistratibus est subrogata in locum potestatis, quam habent Patres in casu, quo filiis non dant testamentarios Tutores, *prin. tit. Inst. de, Attilian. tutore*, sed illa potestas Patris non erat Jurisdictionis, cùm Pater esset privata Persona, sed legis 12. tab. *leg. 1. ff. de Testam. tutela S. 3. Instit. de tutelis*, ut sic Mynsingerus *in* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore n.* 8. Ergò datio tutoris non est Jurisdictionis, sed specialis concessionis à lege, & sic nec meri nec mixti imperii, nec Jurisdictionis. Nec contrà hanc veritatẽ quidquã momenti faciuntaliquæ difficultates, & argumenta: Primò: Justinianus *in* §. 4. *Instit. de Attiliano Tutore* dicit, quòd Romæ Præfectus urbis, vel Prætor tutores creat secundùm suam jurisdictionem. 2dò. Idem repetit Juris Consultus in *l. 1. ff. de Jurisdictione*, ubi dicit inter alia, quod dare Tutores jurisdictionis est; 3ò. quia cognitio criminis suspecti tutoris jurisdictionis est, & ideò mandata à Prætore generali jurisdictione, Judex delegatus potest cognoscere de crimine suspecti tutoris, seu Curatoris, *l. 1. §. 4. ff. de suspect. tutor.* Ergò cùm contrariorum eadem sit ratio, *leg. etsi in fine, ff. de vulgar. prin. tit. Inst. de his, qui sunt sui vel alieni Juris prin. tit. Instit. de Tutelis*, §. *illud, Instit. de Societate, l. pen. Cod: de solutionibus*, Cicero *lib. 2. de Oratione*, Baldus *in leg. Conventiculam, Cod. de Episcopis & Clericis*, pluribus Everardus *in topicis, loco* 75. & cùm ejus sit tollere cujus est condere, *leg. ultim. Cod. de legibus*, dare tutores & Curatores erit Jurisdictionis, & delegari poterit. 4tò. quià Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores poterant creare, si non erant magnæ Pupilli facultates, *leg. 3*

ff. de

ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his, *l.* 2. §. 23. *ff. ad Tertullianum*, §. 4. *Inst. de Attilian. Tutor.* Ergò datio Tutoris potest demandari & delegari; sed solùm illa possunt delegari, quæ sunt Jurisdictionis *l:* 1. *ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, Faber *tit.* 12. *prin.* 4. *illat.* 3. Ergò datio Tutoris & Curatoris est Jurisdictionis. Dissolvamus difficultates: Prima & secunda duabus solutionibus resolvuntur: Prima cum Arnoldo Vinnio *in* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore*, dicendo, quod hoc verbum *Jurisdictio*, in lata significatione non solùm comprehendit ea, quæ competunt Magistratibus jure & imperio Magistratûs; sed etiam ea, quæ Magistratibus speciali concessione à lege tributa sunt, & in hac lata significatione sumitur verbum, *jurisdictio*, *in* §. 4. *Instit. de Attiliano Tutore*, & in *leg.* 1. *ff. de jurisdictione*: secunda cum eodem Vinnio, Mynsinger. *in d.* §. 4. Fabro *in Papin. dicta illat.* 14. Osualdo ad Donellum *lib.* 3. *cap.* 7. *lit. C.* ubi nostram quæstionem pluribus citatis Authoribus & rationibus allegatis pertractat, dicendo, quòd illa verba, *secundùm suam jurisdictionem*, *d.* §. 4. non referuntur ad potestatem dantis Tutorem, ita ut potestas pendeat à jurisdictione, sed referuntur ad personas, quibus & quæ dantur Tutores, ità ut sensus sit, quòd Prætor non potest dare Tutorem nisi pupillo, qui sit suæ Jurisdictionis, & non potest dare Tutorem nisi eum hominem, qui sit suæ Jurisdictionis, *l.* 1. *leg.* 6. *in fine ff. Tutor. & Curat. datis ab his*, Codex Fabrianus *lib.* 5. *tit.* 9. *definit.* 1. Cavalcanus *de tutel.*, *Cart.* 10. *n.* 3. Franciscus Marcus *decis.* 251. *p.* 1. Vesembecius *in tit. qui petant Tutores n.* 4. Alexand. *cent.* 1. *n.* 10. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 2. *n.* 14. *& sic* in hoc sensu *in leg.* 1. *ff. de jurisdict.* dicitur, quod datio Tutoris est jurisdictionis. 3æ. difficultati respondetur cum Fabro
d. ill.

d. ill 14. quòd cognitio criminis de ſuſpecto Tutore eſt jurisdictionis & poteſt delegari; ſecùs autem Tutoris datio: Ratio differentiæ eſt, quia intereſt Pupillorum, quòd ſint plures Magiſtratus, qui de crimine ſuſpecti Tutoris cognoſcere poſſint, nè doloſus & perfidus Tutor diutiùs in Patrimonio Pupilli graſſetur, Faber *ubi ſuprà.* Fraus enim & dolus omnibus literis divinis & humanis reprobata eſt. Damnatur fraus & dolus *cap.* 19. *Levit. vers.* 11. *nec decipiet unuſquiſque proximum ſuum*, Jeremiæ *cap.* 5. conqueritur Deus O. M. quia in populo ſuo inventi ſunt impii inſidiantes, quod repetit *cap.* 6. *Jerem.* Apoſtolus 1. *Corinth. cap.* 6. condemnat doloſos, quod Regnum Dei non poſſidebunt: Ab antiquis Philoſophis Cicero de amicitia: *Maxima culpa eſt in eo, qui & veritatem aſpernatur, & in fraudem obſequio impellitur.* Seneca in proverb. *fraus eſt accipere, quod non poſſis reddere.* A Sanctis Patribus, D. Gregorius *ſup. cap.* 9. *Job. duo timenda ſunt in bonis operibus, deſidia videlicet, & fraus*: D. Iſidorus *lib.* 2. *Sent.* ùt habetur in *Can. quæcunque* 22. *q.* 5. Dupliciter autem reus ſit, quia & nomen Dei in vanum, & proximum dolo capit, A Poëtis *Ovidius lib.* 1. *de arte amandi*:

Reddite depoſitum: Pietas ſua fœdera ſervet:
Fraus abſit: vacuas cædis habete manus.

Catullus.

Nec facta impia fallacium hominum Cœlicolis placent.

Ut nonnulla alia videre poteris apud Langium in Polyanth. verbo *fraus*, & verbo *dolus*: Si igitur fraus & dolus jam reprobatus eſt, nihil mirum, quòd leges ſint faciles in cauſis ſuſpicionum: Sic judex ſuſpectus à parte recuſari poteſt, cùm nihil periculoſius ſit in judiciis quàm litigare coram judice ſuſpecto, *Can. quòd ſuſpecti* 3. *q.* 5.

cap. cum inter de excep. l. apertissimi Cod. de judiciis, Cardinalis Tuscus *lit. S. Conclus.* 910. *n.* 1. Giurba *dec.* 48. *n.* 1. Riccius *decis.* 333. *p.* 2. *n.* 1. Guazin. *defen.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. Grassis. *de excep.*, 24. *excep.* *n.* 6. Capicius Latro *consult.* 101. *lib.* 2. *n.* 1. Bovadilla pluribus sanctorum exemplis *in polit. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 122. ex nostris Ramon. *Cons.* 3. *n.* 35. Berart. *in specul. visitat. cap.* 6. *n.* 3. Fontanella *tom.* 1. *decis.* 1. *n.* 1. multis Regens Cortiada *tom.* 1. *decis.* 18. *n.* 1. sic etiam in causis contentionum Cancellarius tanquam suspectus potest recusari, Michaël Ferrer. *p.* 3. *ob. cap.* 92. pluribus Cortiada *d. decis.* 18. *n.* 10. & in terminis pupillorum, seu impuberum præceptum fuit à Deo O. M. *cap.* 22. *Exodi*, dum dixit: *Viduæ & pupillo non nocebitis.* Quæ ratio cùm non militet in datione Tutoris, hac de causa cognitio de crimine suspecti Tutoris erat Jurisdictionis, & poterat delegari; non autem datio Tutoris. Quartæ & ultimæ difficultati respondetur, quòd quamvìs Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores darent, §. 4. *Inst. de Attiliano Tutor.* Hoc non ità erat, quia esset hoc eis à Præside demandatum, sed quia à lege ejs specialiter concessum erat, quòd possent Tutores dare, si priùs tale negotium ad Præsidem detulissent, & cum eo consultâssent, *d. l.* 3. *ff. ad SCtum Tertullianum*, sicut Legatus Pro-Consulis quamvìs haberet Jurisdictionem delegatam, poterat dare Tutorem, quia hoc ex oratione D. Marci ei specialiter indultum erat, *l.* 1. §. 1. *ff. de Tutor. & Curator. datis*, Vinnius *in d.* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore.*

Pro Coronide hujus Dissertationis advertendum est, quòd hodie jure novo moribus jam receptum est, quod datio Tutoris sit Jurisdictionis & imperii, & competit Judici ordinario cujuscum- 12

18. *Enodatur Libripens Romanorum.*

19. *Referuntur solemnia verba Mancipationis.*

20. *In lucem prodit manumissio fiduciaria.*

21. *Gravissimum & enorme est fidem frangere.*

22. *Regna propter ruptionem fidei & injustitias destruuntur.*

23. *Mancipatio sinè fiducia elucidatur.*

24. *Adoptio per Mancipationem.*

25. *Matrimonium per Coëmptionem.*

26. *Testamentum per æs & libram.*

27. *An in testamento per æs & libram emptor familiæ esset distincta Persona ab hærede?*

28. *Quo tempore fuit in Usu hoc testamentum.*

29. *Rationes introductivæ testamenti per æs & libram.*

30. *Cur in testamento per æs & libram requirebantur quinque testes.*

31. *Testamentum per æs & libram in desuetudinem abiit.*

32. *Testamenti nova forma à Prætore introducta.*

33. *Quæ fuerit hæc forma testamenti Prætorii.*

34. *In Testamento sin. §. rio 7. testes requiruntur.*

35. *Prætor disposuit de testamento scripto, & non de nuncupativo.*

36. *Prætor constituit, quòd signa testium apponerentur in Testamento Prætorio.*

37. *Qui fuerint inventores litterarum, seu artis scribendi.*

38. *De Materia in qua antiquitùs scribebatur & 39.*

40. *Varia nomina, quibus Romani nominabant testamentum.*

41. *Expositio ad §.* nihil autem interest, 12. Inst. de Testamentis.

42. *Dubitatur contra dictum §. 12. de testam. & n. 43.*

44. *Enodatur antiquus annulorum Usus.*

45. *Annuli aurei, qui ornatûs causâ gestabantur.*

46. *Annuli Signatorii.*

47. *Romani non signabant Annulis ornatûs causâ, sed annulis signatoriis.*

48. *Annulo signatario arma familiæ sculpebantur.*

49. *Cur Prætor voluit quòd testes signarent testamentum suis signis.*

50. *Explicatur forma, quâ testes*

de causa cùm actus voluntariæ Jurisdictionis possint in quocunque loco fieri, *l. actus* §. *Cod. de feriis*, potest manumissio servi fieri in quocunque loco, non enim requirebatur quòd Prætor pro Tribunali sederet, sed quando Prætor transibat in balneum causâ lavandi, vel in theatrum causâ ludorum, solebant fieri servi manumissiones, §. 2. *Inst. de Libertinis. l.* 7. *ff. de manumissis vindicta.* Faber *in papin. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1. adeò ut quando Consules in diebus auspicalibus, quibus annum aperiebant, ibant in templum Jani causa offerendi vota, in transitu solebant fieri servorum manumissiones, Joannes Savaro. ad Sidon. *Carm.* 2. *vers.* 544.

- - - Aut ter consule dicam;
Nam modo nos jam festa vocant, & ad Ulpia poscunt
Te Fora, donabis, quos libertate, Quirites.

Claudianus *d.* 4. *Cons. Honor. Vers* 612.

Te fastos ineunte quater solemnia ludit
Omnia libertas, Famulusque jugo laxatur
Herili.

Cassiodorus *lib.* 6. *epist.* 1. Bulengerus *lib.* 1. *de Imp. Rom. cap.* 20. Petrus Faber *lib.* 2. *Semestr. cap.* 20. D. Franciscus de Amaya *in Cod. ad lunic. Cod. de oblat. veterum n.* 11.

7 Rarus est in hac materia textus in leg. *ego.* 8. *ff. de manumiss. vindicta*, in quo textu juris Consultus Ulpianus refert casũ, quòd cùm ipsemet reperiretur cũ Prætore in quadã Villa causâ recreationis, accessit ad Prætorẽ quidam Dominus cum servo, volens servum manumittere, Prætor non habebat lictorẽ in villa ad celebrandã manumissionem, consuluit Ulpianum, & Ulpianus passus fuit manumissionem vindictâ absque lictore celebrari, Faber *in papin. d. tit.* 5. *prin.* 4. *illat.* 1, ex quo jam videtur, quod manumissio

missio poterat fieri in quolibet loco, in quo Prætor inveniebatur. Raritas textus *dict. leg.* 8. *ff. de manumiss. vindicta* non consistit in hoc; sed in eo, quod cùm manumissio vindicta fieret illa Solemnitate, quòd lictor Prætoris Virgula quadam, quæ dicebatur *festuca*, tangebat Caput servi, & Domino quædam verba proferente, servus manumittebatur: Boëtius *in topic. Ciceronis*: Persius *Satiras*.

Vindicta postquam meus à Prætore recessi,
Cur mihi non liceat, jussit quodcunque voluntas?

Mynsinger. Vinnius, Pichardus in §. 1. *Instit. de Libertinis*, quomodo potuit consulere Ulpianus, & potuit Prætor absque lictore, & Virgula servum manumittere? Difficultatem tetigit Antonius Faber *in Papin.* ubi supra; sed non attulit solutioné, quæ meo judicio talis est, quod cùm solemnitas illa Virgulæ, & lictoris in manumissione esset solemnitas extrinseca & accidentalis, potuit à Prætore dispensari, ut fieret illa manumissio absque lictore: sicuti quia verba Solemnia, quæ à Domino in manumissione servi proferebantur, erant de solemnitate extrinseca & accidentali, jam olim non requirebatur, quòd Dominus talia solemnia verba proferret in manumissione servi, formalis Text. *in leg.* 23. *ff. de Manumiss. vindicta.* Forma autem intrinseca & essentialis manumissionis servi solùm erat autoritas Magistratûs, & voluntas Domini manumittere volentis.

Ex eisdem principiis, nè multum in his immorer, descendit, quòd etiam adoptio & emancipatio poterant apud Prætorem fieri, sic intelligendus Justin. *in* §. 1. *Instit. de adopt.* ubi dicit, quòd adoptio specifica fit Imperio Magistratus, ibi: *Imperio Magistratûs adoptamus*; sed Prætor habet imperium Magistratûs & Jurisdictionem, *l.* 2. §. 27. *ff.* 8

de Orig. Juris; ergò apud Prætorem poteſt adoptio ſpecifica celebrari; non autem arrogatio, quæ olim apud populum Kalatis Comitiis celebratur, ùt dixi ſuprà n. 133. & poſteà apud Principem poſt legem regiam, §. 1. *Inſt. de adop.* cùm quia adoptio, & emancipatio fiunt apud illos Magiſtratus, apud quos legis actio eſt, *l. 4. ff. de adopt. l. 1. Cod. eod. l. 3. ff. de Officio Proconſulis*, Faber *in papin. tit.* 10. *prin.* 4. *ill.* 1. & 2. Sed apud Prætorem eſt legis actio *l. 2. §. 27. ff. de Origine Juris*, cùm Prætor eſſet Executor legum & viva vox Juris Civilis *l. 8. ff. de Juſtitia & Jure*; ergò apud Prætorem poteſt fieri adoptio & emancipatio.

9 Poterat olim etiam apud Prætorem celebrari datio Tutoris Attiliani, ſeu Dativi, in initio cum majori parte tribunorum Plebis, *prin. tit. Inſtit. de Attiliano Tutore*, Ulpianus *in frag. tit.* 11. §. 17; poſteà verò ex Conſtitutionibus, & præcipuè D. Juſtini Patris adoptivi noſtri Imperatoris Juſtiniani (*de quo in leg. Jus dandi, ff. de tutoribus, & Curator: datis ab his*) ſolus Prætor in urbe tutores dabat, adeò quòd Imp. M. Antoninus Philoſophus primus tutelarem Prætorem creaverit, Capitolinus *in vita M. Antonini*, §. 3. & 4. *Inſtit. de Attiliano Tutore*, Faber in *papin. tit.* 12. *prin.* 4.; & ratio eſt, quia ùt ait Faber *d. prin.* 4. & *prin.* 1. *ill.* 14. jus dandi Tutores & Curatores non competit Magiſtratibus ratione ſui Imperii, ſeù Jurisdictionis, ſed ſolùm iis Magiſtratibus, quibus à Lege, Principe, vel Senatus Conſulto ſpecialiter conceſſum eſt, *l. 6. §. tutores, ff. de Tutelis.* Faber *in papin. tit.* 12. *prin.* 1. *ill.* 14. & *prin.* 4. Goveanus *lib. 2. de Jurisdict. n.* 15. Cujacius *lib. 11. qq. Papin. ad l. 5. ff. de confirm. Tutor.* Donellus *lib. 3. cap.* 7. ubi plures Oſualdus *lit.* C. Retes *de Interdictis lib. 1. cap. 2. n. 5. in fine.* Inde intelliges, cur apud Legatum Proconſulis quamvis non potuiſſet celebrari manumiſſio,

miſſio, poterat tamen fieri datio Tutoris, etſi Proconſulis Legatus non haberet ordinariam Jurisdictionem, ſed demandatam, cum hoc ei à lege ſpecialiter eſſet conceſſum, ut poſſet Tutorem dare, utpote ex Oratione D. Marci, *leg.* 1. §. 1. *ff. de tutoribus & Curat. datis ab his*, ſed Prætori à lege ſpecialiter erat conceſſum Tutorem dare, *tot. tit. ff. de tutorib. & Curat. datis ab his.* Faber *in papin. dict. tit.* 12. *prin.* 4. *ill.* 1. ergò apud Prætorem poterat celebreri datio tutoris. Et cùm ejus ſit tollere, cujus eſt condere, *l.* 16. *Cod. de Legibus.* Faber *in papin. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 2. ſequitur quòd in urbe Romæ poterat Prætor removere Tutorem de ſuſpecto accuſatum §. 1. *Inſt. de ſuſpect. Tutor. & Curator. l.* 1. §. *damus ff. eod.* Faber *in papin. tit.* 25. *prin.* 4.

Hic intrat illa celebris quæſtio in hac materia, 10
an datio Tutoris Attiliani ſit Jurisdictionis & competens Magiſtratibus vi, & ratione imperii, an verò ſpecialis privilegii, & conceſſionis à lege? quam tractant omnes Inſtitutiſtæ *in* §. 4. *Inſtit. de Attiliano tutore*, & Faber *in papin tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14. quam propterea ſuccinctè pro operis brevitate tractabo; & quidẽ verior, ac receptior ſententia eſt, quod datio Tutoris, & Curatoris non eſt Jurisdictionis, ſed competit Magiſtratibus ex ſpeciali legis conceſſione. Pro quo habemus capitalem textum *in leg.* 6. §. *Tutoris datio*, *ff de Tutelis*, in qua dicitur: quod *Tutoris vel Curatoris dandi jus habent ii tantum Magiſtratus, quibus ſpecialiter id conceſſum eſt vel à lege, vel à Senatus Conſulto, vel à Principe*: ex quo tex: clarè infertur, dationem tutoris non eſſe Jurisdictionis, ſed ſpecialis conceſſionis à lege; 2dò quia illa quæ ſunt Jurisdictionis, & imperii poſſunt delegari, *l.* 1. *in prin. &* § *l* 2. §. 1. *ff. de Officio ejus. cui mandata eſt Jurisdictio.* Faber *tit.* 12. *prin.* 1. *illat.* 14. Sed datio tutoris non poteſt delegari, nec tota Jurisdictione dele-

gatâ transit in delegatum jus dandi Tutores & Curatores, *l. 8. ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his*, Faber ubi supra; ergò datio Tutoris non est Jurisdictionis. 3iò. quia potestas dandi tutores concessa Magistratibus est subrogata in locum potestatis, quam habent Patres in casu, quo filiis non dant testamentarios Tutores, *prin. tit. Inst. de, Attilian. tutore*, sed illa potestas Patris non erat Jurisdictionis, cùm Pater esset privata Persona, sed legis 12. tab. *leg. 1. ff. de Testam. tutela §. 3. Instit. de tutelis*, ut sic Mynsingerus *in §. 4. Inst. de Attiliano Tutore n. 8.* Ergò datio tutoris non est Jurisdictionis, sed specialis concessionis à lege, & sic nec meri nec mixti imperii, nec Jurisdictionis. Nec contrà hanc veritaté quidquã momenti faciuntaliquæ difficultates, & argumenta: Primò: Justinianus *in §. 4. Instit. de Attiliano Tutore* dicit, quòd Romæ Præfectus urbis, vel Prætor tutores creat secundùm suam jurisdictionem. 2dò. Idem repetit Juris Consultus in *l 1. ff. de Jurisdictione*, ubi dicit inter alia, quod dare Tutores jurisdictionis est; 3ò. quia cognitio criminis suspecti tutoris jurisdictionis est, & ideò mandata à Prætore generali jurisdictione, Judex delegatus potest cognoscere de crimine suspecti tutoris, seu Curatoris, *l. 1. §. 4. ff. de suspect. tutor.* Ergò cùm contrariorum eadem sit ratio, *leg. etsi in fine, ff. de vulgar. prin. tit. Inst. de his, qui sunt sui vel alieni Juris prin. tit. Instit. de Tutelis, §. illud, Instit. de Societate, l. pen. Cod. de solutionibus*, Cicero *lib. 2. de Oratione*, Baldus *in leg. Conventiculam, Cod. de Episcopis & Clericis*, pluribus Everardus *in topicis, loco 75.* & cùm ejus sit tollere cujus est condere, *leg. ultim. Cod. de legibus*, dare tutores & Curatores erit Jurisdictionis, & delegari poterit. 4tò. quià Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores poterant creare, si non erant magnæ Pupilli facultates, *leg. 3. ff. de*

ff. de Tutoribus & Curatoribus datis ab his, *l.* 2. §. 23. *ff. ad Tertullianum*, §. 4. *Inst. de Attilian. Tutor.* Ergò datio Tutoris potest demandari & delegari; sed solùm illa possunt delegari, quæ sunt Jurisdictionis *l:* 1. *ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, Faber *tit.* 12. *prin.* 4. *illat.* 3. Ergò datio Tutoris & Curatoris est Jurisdictionis. Dissolvamus difficultates: Prima & secunda duabus solutionibus resolvuntur: Prima cum Arnoldo Vinnio *in* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore*, dicendo, quod hoc verbum *jurisdictio*, in lata significatione non solùm comprehendit ea, quæ competunt Magistratibus jure & imperio Magistratûs; sed etiam ea, quæ Magistratibus speciali concessione à lege tributa sunt, & in hac lata significatione sumitur verbum, *jurisdictio*, *in* §. 4. *Instit. de Attiliano Tutore*, & in *leg.* 1. *ff. de jurisdictione*: secunda cum eodem Vinnio, Mynsinger. *in d.* §. 4. Fabro *in Papin. dicta illat.* 14. Osualdo ad Donellum *lib.* 3. *cap.* 7. *lit. C.* ubi nostram quæstionem pluribus citatis Authoribus & rationibus allegatis pertractat, dicendo, quòd illa verba, *secundùm suam jurisdictionem*, *d.* §. 4. non referuntur ad potestatem dantis Tutorem, ita ut potestas pendeat à jurisdictione, sed referuntur ad personas, quibus & quæ dantur Tutores, ità ut sensus sit, quòd Prætor non potest dare Tutorem nisi pupillo, qui sit suæ Jurisdictionis, & non potest dare Tutorem nisi eum hominem, qui sit suæ Jurisdictionis, *l.* 1. *leg.* 6. *in fine ff. Tutor. & Curat. datis ab his*, Codex Fabrianus *lib.* 5. *tit.* 9. *definit.* 1. Cavalcanus *de tutel.*, *Cart.* 10. *n.* 3. Franciscus Marcus *decis.* 251. *p.* 1. Vesembecius *in tit. qui petant Tutores n.* 4. Alexand. *cent.* 1. *n.* 10. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 2. *n.* 14. *& sic* in hoc sensu *in leg.* 1. *ff. de jurisdict.* dicitur, quod datio Tutoris est jurisdictionis, 3æ. difficultati respondetur cum Fabro

d. ill.

d. il 14. quòd cognitio criminis de ſuſpecto Tutore eſt jurisdictionis & poteſt delegari; ſecùs autem Tutoris datio: Ratio differentiæ eſt, quia intereſt Pupillorum, quòd ſint plures Magiſtratus, qui de crimine ſuſpecti Tutoris cognoſcere poſſint, nè doloſus & perfidus Tutor diutiùs in Patrimonio Pupilli graſſetur, Faber *ubi ſuprà.* Fraus enim & dolus omnibus literis divinis & humanis reprobata eſt. Damnatur fraus & dolus *cap.* 19. *Levit. vers.* 11. *nec decipiet unuſquisque proximum ſuum*, Jeremiæ *cap.* 5. conqueritur Deus O. M. quia in populo ſuo inventi ſunt impii inſidiantes, quod repetit *cap.* 6. *Jerem.* Apoſtolus 1. *Corinth. cap.* 6. condemnat doloſos, quod Regnum Dei non poſſidebunt: Ab antiquis Philoſophis Cicero de amicitia: *Maxima culpa eſt in eo, qui & veritatem aſpernatur, & in fraudem obſequio impellitur.* Seneca in proverb. *fraus eſt accipere, quod non poſſis reddere.* A Sanctis Patribus, D. Gregorius *ſup. cap.* 9. *Job. duo timenda ſunt in bonis operibus, deſidia videlicet, & fraus*: D. Iſidorus *lib.* 2. *Sent.* ùt habetur in *Can. quæcunque* 22. *q.* 5. Dupliciter autem reus ſit, quia & nomen Dei in vanum, & proximum dolo capit, A Poëtis *Ovidius lib.* 1. *de arte amandi*:

Reddite depoſitum: Pietas ſua fœdera ſervet:
Fraus abſit: vacuas cædis habete manus.

Catullus.

Nec facta impia fallacium hominum Cœlicolis placent.

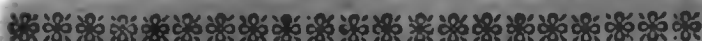
Ut nonnulla alia videre poteris apud Langium in Polyanth. verbo *fraus*, & verbo *dolus*: Si igitur fraus & dolus jam reprobatus eſt, nihil mirum, quòd leges ſint faciles in cauſis ſuſpicionum: Sic judex ſuſpectus à parte recuſari poteſt, cùm nihil periculoſius ſit in judiciis quàm litigare coram judice ſuſpecto, *Can. quod ſuſpecti* 3. *q.* 5.

cap.

cap. cum inter de excep. l. apertissimi Cod. de judiciis, Cardinalis Tuscus *lit. S. Conclus.* 910. *n.* 1. Giurba *dec.* 48. *n.* 1. Riccius *decis.* 333. *p.* 2. *n.* 1. Guazin. *defen.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. Grassis. *de excep.*, 24. *excep. n.* 6. Capicius Latro *consult.* 101. *lib.* 2. *n.* 1. Bovadilla pluribus sanctorum exemplis *in polit. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 122. ex nostris Ramon. *Cons.* 3. *n.* 35. Berart. *in specul. visitat. cap.* 6. *n.* 3. Fontanella *tom.* 1. *decis.* 1. *n.* 1. multis Regens Cortiada *tom.* 1. *decis.* 18. *n.* 1. sic etiam in causis contentionum Cancellarius tanquam suspectus potest recusari, Michaël Ferrer. *p.* 3. *ob. cap.* 92. pluribus Cortiada *d. decis.* 18. *n.* 10. & in terminis pupillorum, seu impuberum præceptum fuit à Deo O. M. *cap.* 22. *Exodi*, dum dixit: *Viduæ & pupillo non nocebitis.* Quæ ratio cùm non militet in datione Tutoris, hac de causa cognitio de crimine suspecti Tutoris erat Jurisdictionis, & poterat delegari; non autem datio Tutoris. Quartæ & ultimæ difficultati respondetur, quòd quamvìs Magistratus municipales jussu Præsidum Tutores & Curatores darent, §. 4. *Inst. de Attiliano Tutor.* Hoc non ità erat, quia esset hoc eis à Præside demandatum, sed quia à lege ejs specialiter concessum erat, quòd possent Tutores dare, si priùs tale negotium ad Præsidem detulissent, & cum eo consultâssent, *d. l.* 3. *ff. ad SCtum Tertullianum*, sicut Legatus Pro-Consulis quamvìs haberet Jurisdictionem delegatam, poterat dare Tutorem, quia hoc ex oratione D. Marci ei specialiter indultum erat, *l.* 1. §. 1. *ff. de Tutor. & Curator. datis*, Vinnius *in d.* §. 4. *Inst. de Attiliano Tutore.*

Pro Coronide hujus Dissertationis advertendum est, quòd hodie jure novo moribus jam receptum est, quod datio Tutoris sit Jurisdictionis & imperii, & competit Judici ordinario cujuscum- 12

que loci, aliis citatis Osualdus ad Don. *lib. 3. cap. 7. lit. l. in fine*, ex nostris pluribus citatis Ripoll. ad Pagueram *in pract. Civili rub. 2. n. 6.* de cujus assignationis Tutoris processu, & aliis ad praxim necessariis vide Ripoll. in *Practica Curiæ Vicariæ Barcinonis, rubr. 10. per totam.*



DISSERTATIO III.

De forma Testamenti à Prætore introducta, variáque de Testamentis explicantur.

Intentum authoris.

2. *Definitio testamenti adducitur.*

3. *Testamentorum genera.*

4. *Testamentum Kalatis Comitiis.*

5. *Testamentum in Procinctu.*

6. *Hæc duo testamenta fuerunt antiquata.*

7. *Rationes propter quas testam. in Procinctu antiquatum fuit.*

8. *Explicatur tertium genus testam., scilicet testam. per æs & libram.*

9. *Contractus emptionis, & venditionis ab omni jure fuit approbatus.*

10. *Substantia tota emptionis in pretio consistere debet.*

11. *Explicatur quid sit, & quomodo intelligatur imaginaria venditio.*

12. *Imaginaria Venditio dicitur Mancipatio, & Cur?*

13. *Res Mancipi solum per Manumissionē & imaginariam venditionem poterant alienari.*

14. *Explicantur solemnitates cessionis in jure.*

15. *Solemnitates imaginariæ venditionis dicuntur nexus.*

16. *Explicantur solemnitates imaginariæ venditionis.*

17. *Objectiones contra dictas solemnitates ponderantur.*

18. *Enu-*

18. *Enodatur Libripens Romanorum.*

19. *Referuntur solemnia verba Mancipationis.*

20. *In lucem prodit manumissio fiduciaria.*

21. *Gravissimum & enorme est fidem frangere.*

22. *Regna propter ruptionem fidei & injustitias destruuntur.*

23. *Mancipatio sinè fiducia elucidatur.*

24. *Adoptio per Mancipationem.*

25. *Matrimonium per Coëmptionem.*

26. *Testamentum per æs & libram.*

27. *An in testamento per æs & libram emptor familiæ esset distincta Persona ab hærede?*

28. *Quo tempore fuit in Usu hoc testamentum.*

29. *Rationes introductivæ testamenti per æs & libram.*

30. *Cur in testamento per æs & libram requirebantur quinque testes.*

31. *Testamentum per æs & libram in desuetudinem abiit.*

32. *Testamenti nova forma à Prætore introducta.*

33. *Quæ fuerit hæc forma testamenti Prætorii.*

34. *In Testamento Prætorio 7. testes requirunt[ur].*

35. *Prætor disposuit de testamento scripto, & non de nuncupativo.*

36. *Prætor constituit, quòd signa testium apponerentur in Testamento Prætorio.*

37. *Qui fuerint inventores litterarum, seu artis scribendi.*

38. *De Materia in qua antiquitùs scribebatur & 39.*

40. *Varia nomina, quibus Romani nominabant testamentum.*

41. *Expositio ad* §. nihil autem intereſt, 12. Inſt. de Teſtamentis.

42. *Dubitatur contra dictum* §. 12. *de testam. & n.* 43.

44. *Enodatur antiquus annulorum Usus.*

45. *Annuli aurei, qui ornatûs causâ gestabantur.*

46. *Annuli Signatorii.*

47. *Romani non signabant Annulis ornatûs causâ, sed annulis signatoriis.*

48. *Annulo signatario arma familiæ sculpebantur.*

49. *Cur Prætor voluit quòd testes signarent testamentum suis signis.*

50. *Explicatur forma, quâ testes*

88. Cur

88. *Cur voluit Romana Jurisprudentia, quod testes in testamento adhiberentur.*

89. *Testes requiruntur in testamento.*

90. *Qui testes esse possint in testamento.*

91. *Fœminæ non possunt esse testes in testamento.*

92. *Impuberes non possunt esse testes in testamento.*

93. *Neque servi.*

94. *Neque furiosi & mentecapti.*

95. *Neque mutus.*

96. *Neque surdus.*

97. *Neque Cæcus.*

98. *Neque prodigus.*

99. *Neque improbi, & intestabiles.*

100. *Neque qui est in potestate testatoris, & è contrà.*

101. *Neque hæres, Substitutus, & fidei Commissarius.*

102. *Testes debent esse præsentes, & videre testatorem.*

103. *Testes in testamento debent esse rogati.*

104. *Quòd testes sint Collecti ad aliam rem, dum tamen ante testamentum rogentur, nihil interest.*

105. *Solvuntur objectiones contra Solemnitatem rogationis & 106.*

107. *Explicatur lex fin. §. fin. Cod. de Codicillis.*

108. *In quo consistat rogatio testium.*

109. *Numerus testium, & signa testium de jure Prætorio requirebantur in testamento.*

110. *Explicatur subscriptio testium, & testatoris.*

111. *Enodatur lex fin. Cod. de Testamentis.*

112. *Iterùm tangitur lex* cùm Antiquitas 28. Cod. de testam.

113. *Explicatur* l. cum antiquitas 28. C. qui testamenta facere possunt, & *testamentum Cæci enodatur.*

114. *Discutitur* Lex hac consultissima, 21. C. de testam.

115. *Explicatur Constitutio Justiniani in l.* jubemus 29. C. de testam. & §. sed his 4. Inst. eod.

116. *Referuntur multa testamenta, in quibus sunt remissæ Solemnitates.*

117. *Adducuntur 4. rationes dubitandi contrà dictam Justiniani Constitutionem.*

118. *Explicatur lex* Asse toto 72. ff. de hæred. Inst.

119. *Hæreditas in Codicil-*

lis neque dari, neque adimi potest.

120. *Referens est in relato cum omnibus suis qualitatibus.*

121. *Explicatur lex fin. ff. de jure Codicillorum.*

122. *Dissolvitur Antinomia l.* hac consultissima 21. Cod. de testamentis *cum lege* jubemus 29. Cod. eodem.

124. *Explicatur testamentum de jure Canonico & cap.* cum esses decimum, de testam.

123. *Corrigitur l. 29. C.* de testam. per authenticã subsequentem & Novel. 119. *cap.* 9.

125. *Rationes decidendi*, & 126.

127. *Referuntur variæ intelligentiæ d. cap. cum. esses.*

128. *Vera interpretatio adducitur.*

129. *Dispositio d. cap. cùm esses, ab omnibus ferè Gentibus usu recepta est.*

130. *Solvuntur arga. contrà d. cap.* cùm esses, *usquè ad n.* 137.

138. *Explicatur testamentum concessum Civibus Barcinonis in Cap. 25. Privilegii* recognoverunt Proceres.

139. *Dubitatur contra illud &* 140.

141. *Hoc testamentum condit & scribit Notarius solus cum testatore, & existens coram testatore.*

142. *Duo Testes in eo sufficiunt.*

143. *Requiritur aliquo modo rogatio testium.*

144. *Explicatur stipulatio, quam facit Notarius de eo testamento.*

145. *Dubitatur contra talem stipulationem Notarii.*

146. *Explicantur aliquæ quæstiones circa tale testamentum.*

149. *Testamentum Sacramentale explicatur remissivè.*

1



Ajor Utilitas Juris Prætorii in nostra Jurisprudentia est circà Successionem sivè testamentariam, sive legitimam filii emancipati, quam de novo Prætor, jus Civile corrigendo, introduxit; & cum Successio testamentaria sit prior successione legitima, seu ab intestato,

leg.

leg. quamdiu ff. de acquir. hæred: Ideo in dissert. seq. de successione testamentaria filii emancipati ex jure Prætorio agere decrevi: sed altiùs res repetenda est.

Testamentum (quod est *testatio mentis* teste Justiniano *in prin. tit. Instit. de testam.* ut eum à critica Laurentii Vallæ *lib. 6. eleg. cap.* 26. defendit Illustrissimus Didacus Covarruvias *in rub. de testament. c.* 1. *p.* 1. vel: *nostræ voluntatis justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, testante Vlpiano *in leg.* 1. *ff. de testam.*, Duarenus *in tit. de testam. cap.* 1. Donellus *lib. 6. Com. cap.* 4. & ibi additionator Osualdus, Covarruvias loco *supra citato n.* 3.) attento juris Civilis rigore non poterat valere eâ ratione, quia dispositio, quæ confertur in tempus inhabile non potest valere *l.* 12. *ff. de jure dotium. l.* 5. *ff. de donat. inter virum & uxorem*, Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 19. & testamentum confertur in tempus inhabile, utpote in tempus post mortem testatoris, *l.* 1. *ff. de testam.* in quo tempore non potest testator jam mortuus disponere. Scimus enim, quod testamentum morte testantis confirmatur. D. Paulus ad Hæbreos *cap.* 9. *ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris: Testamentum enim in mortuis confirmatum est, alioquin nondum valet, dum vivit, qui testatus est*; quâ de causa Sacra Scriptura dicitur vetus & novum testamentum, quia si Christus Dominus non fuisset mortuus, revelari & intelligi mysterium Dei non potuisset, Covarruvias *ubi supra n.* 7. 2ò. quia cùm per testamentum transferatur Dominium in hæredem bonorum defuncti, requiritur persona à qua Dominium transferat, & testator per mortem Dominium bonorum amisit: Unde testator in tempus post mortem non habebat potestatem, nec voluntatem transferendi Dominium, Amaya *lib.* 2. *obs. cap.* 4. *n.* 35.; at-

attamen lex 12. tab. ſpeciali benignitate & miſericordia mota, ut poſſet Civis Romanus de rebus ſuis ſuo ſudore partis alteri benefacere, dedit illis poteſtatem teſtandi, & diſponendi de bonis ſuis poſt mortem in illis verbis: *Uti quisque Paterfam. ſuper familia, pecuniáve ſuâ legaſſit, itá jus eſto. l.* 120. *ff. de V. S.* pluribus D. Joſephus Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 22. Undè ſupremam teſtandi libertatem naturali jure perſuaſam, jure gentium firmatam, lege 12. tab. confirmatam fuiſſe teſtatur tex. *in leg.* 5. *ff. quemad. teſtamenta aperiat. l.* 1. *ff. ad leg. Jalcid. l.* 102. *de V. S.* Valentia, *illuſt.* 3. *tract.* 6. *cap.* 1. *n.* 1. quod etiam à jure Divino conceſſum fuit, ut ait ſacer Legislator in cap. 33. Eccleſ. *In die conſummationis dierum vitæ tuæ, & in tempore exitus tui, diſtribue hæreditatem tuam.* non deficiebant tamen aliquæ Nationes, quibus prohibita erat teſtamentaria diſpoſitio: Nam Germani non poterant de bonis ſuis teſtari, ſi credimus Merend. *lib.* 6. *cap.* 10. & Saxonibus Carolus Magnus jus teſtandi ademit. *Æmilius lib.* 3. ſequendo ſupradictum rigorem juris: Undè quamvìs teſtamentaria diſpoſitio rigore juris non poſſet valere, valebat tamen ex ſpeciali indulgentia, & benignitate legis, Faber *lib.* 14. *Con. cap.* 20. Amaya *lib.* 2. *obſ. cap.* 4. *n.* 35. D. Joſephus Retes *lib.* 1. *opuſc. cap*: 21. *n.* 9.

3 Hujus autem Teſtamenti ex ſpeciali legis indulgentia Civibus Romanis conceſſi duo fuerunt genera olim de tempore mediæ jurisprudentiæ; unum teſtamentum dicebatur teſtamentum Kalatis Comitiis; & aliud dicebatur teſtamentum in procinctu, Juſtin. *in* §. 1. *Inſt. de Teſtam.* Connanus *lib.* 9. *Com. cap.* 1. Oſualdus *lib.* 6. *cap.* 6. *lit.* 6. Retes *lib.* 1. *opuſ. cap.* 21. *n.* 10. quæ duo genera teſtamentorum fuerunt antiquiora legibus 12. tab. & in incunabulis Urbis Romanæ jam in uſu apud Roma-

Romanos, ut ex Connano observat Osualdus locis supra citatis. Testamentum Kalatis Comitiis 4
fiebat tempore otii seu pacis, quô tempore homines minus in armis occupati erant, & eô tempore Comitia à Consulibus convocabantur, §. 1. *Inst. de Testam.* quod Testamentum sic fiebat: In Comitiis (quæ nempè convocabantur à populo Romano causa creandi, vel confirmandi Magistratus, ferendi leges, judicia exercendi, Sacra faciendi, Arrogationes celebrandi, de quibus dixi in Dissert. 1. *n.* 125.) exibat coram universo Populo Civis ille Romanus, qui suum Testamentum & ultimum elogium condere volebat, Populúmque obtestabatur, dicendo: *Vultis, jubetis talia rata esse, & servari curabitis*; & si populus annuebat, Testamentum jam conditum erat, Osualdus *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* Ulpianus *in lib. reg. tit.* 20. §. 2. Agellius *lib.* 15. *Noct. Attic. cap.* 27. Quâ de causa verbum *legare* testari significat, ùt in lege 12. tab. *uti quisque legâssit l.* 120. *de V. S.* Ulpianus *tit.* 24. §. 1., eo quia Testamenta fiebant in eisdem Curiatis Comitiis, eâdem rogatione, modô, & formâ, quibus leges fiebant, Osualdus *d. cap.* 6. *lit. b.* dixi supra *n.* 132. Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 10. Valentia *ill.* 3. *trac.* 6. *cap.* 1. *n.* 1.

Testamentum in procinctu, seu endo Procinctu 5
(quod fuit diversum, & antiquius illo alio testamento Militari, de quo in *tit. Inst. de testam. Militari*, & *ff. de testam. militis*: Nam hoc testamentum militare priùs concessum fuit à Julio Cæsare, & posteà ab aliis Imperatoribus *l.* 1. *ff. de testam. Militis, princ. tit. Instit. eod.* Vinnius *ibi n.* 1.) celebrabatur tempore militiæ, quando viri parati erant ad eundum in bellum. Undè cùm milites parati ad belligerandum dicantur Milites procincti, Exercitus procinctus, Classis procincta, quoniam Romani pugna-

bant togis cincti, ut expeditiores essent, Vinnius *in* §. 1. *Inst. de testam. n.* 2. hac de causa testamentum tali tempore factum dicebatur Testamentum in procinctu. Ulpianus *tit.* 20. §. 2. Cicero *lib.* 1. *de Nat. Deor.* Hotomanus in §. 1. *Inst. de testam.* Agellius *lib.* 15. *Noct. Attic. cap.* 27. Osualdus ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* Quando igitur aliquis Civis Romanus jam paratus erat conserere manus in acie, jam togâ procinctus, jam Clypeo protectus, vocabat tres aut quatuor Commilitones, & coram eis hæredem nuncupabat, legataque relinquebat, §. 1. *Inst. de testam.* Plutarchus in Coriolano, Brisson. *lib.* 2. *antiq. cap.* 7. Osualdus ubi supra lit. *b.*; dispensabatur enim tempore belli militibus procinctis illa solemnitas testandi coram populo, & Kalatis Comitiis, sicuti in testamento militari militibus in expeditione degentibus, seu in acie dispensatur solemnitas scripturæ & testium, *princ. tit. Inst. de test. milit. l.* 1. *ff. eod*, eò quia inter fatales bellorum strepitus leges, & legum solemnitates non observantur, juxta illud vulgare axioma, *inter Armorum strepitus silent leges*, & illud Lucani loquendo de bello *lib.* 3.

Pereunt discrimine nullo
Amissæ Leges.

Curtius *lib.* 9. *Naturæ jura bellum in contrarium mutat.* Hoc erat testamentum in procinctu, & hæc antiqua divisio testamentorum.

6 Sed hæc testamenta antiquata fuêre, & paulùlum in desuetudinem abiere, ùt fatetur Justin. *in* §. 1. *Inst. de testam.* Cicero *lib.* 2. *de Nat. Deorum.* Agellius *lib.* 15. *cap.* 27. Vinnius *in d.* §. 1. *n.* 4. cujus rei multæ fuerunt rationes: prima quia cùm mulieres non essent capaces Comitiorum, nec in comitiis stare possent propter sexûs honestatem, Agellius *lib.* 5. *Noct. attic. cap.* 19. Osualdus. ad Donell. *lib.* 6. *cap.* 7. *lit.*

7. *lit. K.* Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 2. *n.* 10. sequebatur, quòd fœminæ non poterant eò tempore antiquo testari, Osualdus *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 10. quod maximũ inconveniens erat. 2da. Ratio erat, quia cùm Comitia bis tantùm quolibet anno celebrarentur, & convocarentur, duo absurda maxima sequebantur, unum quod multoties multi homines subitâ morte arrepti, & de interitu non cogitantes, non poterant facere testamentum anteaquàm advenirent Comitia, sicque intestati decedebant, ùt sic discurrit Retes. *d. lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 10. Osualdus *d. lib.* 6. *cap.* 6. alterum, quod Civis Romanus testamentum jam factum ante alia comitia mutare non poterat, & anteaquàm testamentum mutaret, decedebat, Osualdus *d. cap.* 6. *lit. b.* Tertia ratio fuit, quia criminosũ illis Ethnicis Romanis visum fuit, quòd homo sanus in totius populi congressu de obitu & interitu suo cogitaret, Theophilus *in princ. tit. de Testam.* Connanus *lib.* 9. *Com. cap.* 1. *n.* 5. Corasius 5. *miscell. cap.* 12. *n.* 13. Revardus *de autorit. prud. cap.* 11. Osualdus *d. cap.* 6. *lit. b.* Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 2. *n.* 10. 4ta. ratio, quia interest testamentarias dispositiones multùm secretas esse, & non revelari propter rixas, quas moveri possent, & odia inter filios & Agnatos testatoris, si scirent testamentariam dispositionem, sicut Justin. dat consilium Patribus formidolosis pro filiis testari pupillariter volentibus, substitutionem pupillarem secretò & in imis Testamenti tabulis proprio Lino, propriaque cera consignatis facere, §. *fin autem* 3. *Instit. de pupillari subst. l.* 33. *ff. de pœnis*, *l. ult. ff. de fideicommiss. libert. l.* 8. §. *ult. ff. de bon. possess. secundùm Tabul.* Cajus *lib.* 2. *tit.* 4. Suetonius *in Galba. cap.* 9. Cicero *in Orat. pro Cluentio*, *l. ult. ff. ad SCtum Trebell.* (quamvis da. dict. §. 3. ponderetur) Donellus enucleatus *Com. cap.* 23. *lit. a.* D. Josephus

Martinez del Vilar in suo libro de pupillari *cap.* 1. §. 2. *n.* 12. etsi testamentum fiebat Kalatis Comitiis, coram universo populo, secretiora arcana testamenti divulgabantur. Osualdus ad Donel. *d. cap.* 6. *lit. b.* ultima ratio (quam ego addo) fuit, quia cùm testamentum sit *nostræ Voluntatis Sententia*, non potest nec testamentum, nec institutio hæredis ab alieno arbitrio, & voluntate dependere, *l. illa institutio*, 32. *ff. de hæred: instit. l.* 68. *ff. eod l.* 11. *tit.* 3. *partit.* 6. & ibi Greg. Lopez, nec legatũ, leg. *Nonnunquam* 5. *ff. de Condit. & demonstr.* Donel. 6. *Com. cap.* 19. *lit. D.* & ibi Osualdus, Duarenus in tit. de hæred instit. *cap.* 3. Covarruvias *in Cap. cum tibi, de testam.* Sarmiento 2. *select.* 6. *n.* 6. Corrasius *lib.* 5. *Miscel. cap.* 13. Fachineus *l.* 6. *contr. cap.* 58 Costa *select.* 1. *cap.* 21. Morla *in emporio Jur. tit.* 9. *n.* 4. & 15. Petrus Avajo Arroyo cum aliis *in Cap. cum tibi de testam.* pluribus pro more allegatis D. Hieronymus de Oroz. *lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 2., & testamentum, quod Kalatis Comitiis condebatur, dependebat ab alieno arbitrio populi illud approbantis. Osualdus *d. cap.* 6. *tit.* 6. hæc fuerunt rationes, quibus in desuetudinem abiit testamentum antiquum Kalatis Comitiis celebratum.

7 Testamentum etiam in Procinctu, seu endo Procinctu antiqua lege Romana tempore belli in usu fuit; sed tamen posteà tractu temporis fuit antiquatum propter aliquas rationes id suadentes: Prima: quia in hoc testamento poterant fieri multæ fraudes, cùm fieret inter personas, tribus scilicet aut quatuor Commilitonibus præsentibus, quibus nullâ factâ scripturâ hæres nuncupabatur, & nihil vetabat, quòd posteà isti Commilitones fraude dicerent, alium fuisse hæredem nuncupatum. 2dà. quia tempore quô milites procincti sunt ad bellum, & tuba sonat, ira belli rapit animos militum, il-

losque à cogitatione suarum rerum alienat: Seneca in *Hercul. furente Tragæd.* 1.

> *Nec temperari facile, nec reprimi potest*
> *Strictis ensis ira.*

Clamor enim belli, & tuba non solùm homines sed etiam inanimatos muros Jericho perturbavit, & dejecit, Josue *cap.* 6. *vers.* 20. Undè milites quando erant procincti, non poterant habere mentem benè integram ad tàm maximum negotium, quale est Testamentum. 3tiò. quia cùm milites, quando parantur ad aciem, hinc inde ad sua negotia ferenda sint dispersi, difficile erat tres aut quatuor Commilitiones invenire ad celebrandum testamentum, sicque ista testamenta in procinctu raró poterant frequentari: Accipe has rationes, propter quas etiam hoc testamentum in procinctu in desuetudinem abiit.

8 Istis duobus antiquatis testamentorum generibus, scilicet testamenti Kalatis Comitiis & endo procinctu, successit teste Imperatore *in d.* §. 1. *Instit. de testam.* tertium genus testamentorum, scilicet testamentum per æs & libram, seu per mancipationem, vel imaginariam venditionem, quod expeditiùs, & omni tempore celebrari poterat: D. Josephus Retes 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 11. & cùm hoc non possit perfectè intelligi, nisi imaginarias venditiones, & mancipationes solemnes, & antiquas Romanorum intelligamus, altiùs res repetenda 9 est. Cùm emptio & venditio tam fortissimus contractus sit, tantúmque roboris tradat translationi Dominii rerum, quæ in emptionem, & venditionem veniunt, ità ut iste contractus ab omni jure admissus, & approbatus sit: Jure Divino: *Abraham cap.* 17. *Genes.* emit servos: Jacob emit partem agri, *Genes. cap.* 33. Joseph emit omnem ter-

ram Ægypri, *Genes. cap.* 47. David emit aream, *lib:* 2. *Reg. cap.* 24. Jeremias emit agrum, *Jerem. cap.* 32. Maria Magdalena aromata, *Marci cap.* 16. de quo contractu venditionis tradit leges facer Legislator *in cap.* 25. *Levit.* & in tantùm fuit privilegiatus jure divinô iste contractus emptionis, & venditionis, quod Christus Dominus noster, ut mysterium nostræ redemptionis consummaret, passus fuit, ut à perverso Apostolo Juda venderetur Principibus Sacerdotum, *Lucæ cap.* 22.: Jure Gentium, à quo contractus iste post peccatum Adami originem traxit, §. 2. *Inst. de jure Nat. Gent. & Civili*: Jure Canonico, ùt constat toto tit: Decretal. *de emptione & venditione.* Jure Civili Romanorum, ùt constat ex toto *tit. ff. & Cod. de contrahenda emptione*, toto tit. *Inst. de emptione & venditione*: à Philosophis & Historicis, ùt constat ex Langio in Polyanthea verbo *emptio*: à Poëtis Homerus *lib.* 7. *Iliad.*

Hinc sibi Criniti redimebant vina Pelasgi:
Hi certè ære dato, ferro bi splendente, bovinis
Tergoribusque alii, atque ipsis plerique juvencis:
Mancipiis alii.

Idem *lib.* 6. *Iliados.*

Jupiter hinc Glauco mentem de pectore ademit
Aurea Tysidæ, quòd demens arma dedisset
Pro factis ex ære, boves Centúmque Novenis.

Martialis *lib.* 3. *epig.* 39.

Undecima lassus cùm jam disćederet hora,
Asse duos Calices emit, & ipse tulit.

A Politicis quoque approbatus hic Contractus emptionis & Venditionis, & Commercia, ut homines Mercatores alias Provincias videndo, mores,

res, ritus & ſtatuta aliarum gentium addiſcant, dixi ſupra. n. 55. Quâ de cauſa vix dum apud Romanos ulla res peragebatur, in quâ Contractus emptionis & venditionis non interveniret, ſive verè, ſive ſimulatè & imaginariè: Cùm enim tota 10
Subſtantia Emptionis & Venditionis in pretio conſiſtat *l. 7. §. idem reſponſum de pactis, l. pacta 7. ff. de contrahenda emptione, l. 36. l. 38. ff. eod. l. 3. Cod. eod. l. 2. §. eod, l. 1. tit. 5. part. 5. §. 1. Inſt. de emptione & Vendit.* proſequitur D. Joſephus Retes *lib. 1. opuſc. cap.* 18. *n.* 1. Si datur rerum pretium in emptione & venditione, venditio erit vera; Si autem pretium non ſit verum, ſed fictum, & imaginarium, venditio imaginaria erit, Retes *d. cap.* 18. *n.* 3. Undè cùm multa ſint in Jure, quæ non poſſunt ſinè venditione tranſigi, & in omnibus non poſſit vera venditio intervenire, neceſſarium fuit, quòd imaginariæ quædam Venditiones, & Mancipationes à Jure Civili introducerentur: Cujacius *in recit. ad l. ult. ff. pro donato*, Petrus Faber *ad l. 16. ff. de reg. Juris.* Antonius Faber *ad l. 55. ff. de Contr. empt.* Retes *lib. 1. opuſc. cap.* 18. *n.* 4.

Sed ſiſtamus gradum, & circà has imaginarias 11
Venditiones aliquas dubitationum nubes veritatis radiis diſpergamus. Primò inſurgit difficilis tex. in leg. *nuda 55. ff. de Contrahenda emptione*, ubi dicit Conſ. quòd nuda & imaginaria venditio pro non facta eſt, & nulla. adò. quia venditio ficta, imaginaria & ſimulata eſt nulla, & non transfert Dominium, *l. emptor ff. de aqua pluvia arcenda.* & ibi Bartolus, Baldus, *in rub. Cod. de his quæ in fraud credit. n.* 5. D. Ludovicus de Paguera *deciſ. 49. n. 5. tom. 1.* ſed illæ imaginariæ venditiones erant fictæ & ſimulatæ; ergò imaginariæ venditiones à juris Civilis ſcrupuloſitate introductæ tanquam nullæ valere non poterant, Primæ difficultati, & textui in leg.

55. ff.

55. ff. de Contrahenda empt. ut responderent DD. varias excogitârunt solemnitates, ùt tradit Retes *lib. 1. cap. 18. n. 3.* Relicto D. Nicolao de Castro in suis prælectionibus *prælect. 3. n. 4.* admitti debet tanquam magis consona solutio Retes *d. cap. 18. n. 4.* quod lex *nuda 55. ff. de Contrahend. emp.* loquitur de venditione nuda, & imaginaria, quæ à jure non est approbata, nec in illis actibus celebratur, in quibus solemnitas Juris est necessaria, & de hac loquitur lex *55. de Contrah. emp.* Non autem de illa, cui jus Romanorum in multis casibus dedit eundem effectum ac veræ venditioni, de qua in leg. *imaginaria 16. de reg. jur.* & de hac nos in Mancipationibus loquimur. Aliter & meo judicio, melius potest dissolvi utraque difficultas cum doctrina ejusdem D. Joseph. Retes *d. cap. 18. n. 5.* dicendo, quòd duobus modis potest dici aliqua venditio imaginaria. Primo modò quando venditio est supposita, commentitia, falsò ficta, & simulata, ùt in *leg. 21. Cod. de transactionibus, l. 10. Cod. de distract. pign. l. 2. Cod. qui manumitti non possunt*, ut plura exempla Petrus Faber & Rævardus tradunt *in leg. 16. ff. de Reg. juris.* ùt est in hoc pulchro casu, quem adducit Baldus *in Rub. Cod. de his quæ in Fraudem Creditor. n. 5.* & ex eo Paguera *decis. 49. n. 5.* quòd Pater aliquis cúm vellet exercere artem Cambii mittendo pecuniam ultrà mare, timens illius pericula, emancipavit filium suum, & secretè omnia sua bona ei donavit: si posteà pecuniam perdit, Creditores possunt contra bona donata agere, quia illa donatio fuit simulata, falsò ficta, & Comentitia, Baldus ubi suprà, sicque nulla & malis moribus gesta, Paguera *d. n. 5.* & de hac simulata, & imaginaria venditione intelligit Paguera *d. n. 5. tex. in leg. 55. ff. de contrahend. empt.* 2do. modô dicitur venditio imaginaria illa, quæ fiebat à Civibus Romanis qui-

quibusdam imaginariis solemnitatibus à lege introductis, scilicèt, numô uno, & Libripende, & quinque Civibus Romanis intervenientibus, de quibus loquimur in præsenti.

Incipiamus igitur materiam hujus imaginariæ venditionis. Hæc imaginaria venditio, quæ tantùm celebratur per totam jurisprudentiam Romanam, proprio nomine mancipatio nominabatur, eâ de causâ, quia res mancipi jure & more Romanorum solùm poterant per hanc solemnem & imaginariam venditionem abalienari. Boëtius *in topicis Ciceronis*, Ulpianus *in frag. tit.* 19. §. 2. Varro *lib.* 2. *de re rustica cap.* 10. Retes 1. *opusc. cap.* 19. *n.* 1. Res enim apud Romanos erant in duplici differentia, aliæ erant res mancipi, aliæ res non mancipi: res mancipi erant illæ, quæ in perpetuo plenóque Dominio Quritium erant, v. ga. Prædia Italica, Servi, Supellectiles, & reliqua pretiosa; res non mancipi dicebantur illæ, quarum plenum & perfectum Dominium non manet penes possidentem, v. ga. Cervi, & animalia, quæ in pristinam libertatem se recipiunt, & Prædia Provincialia, quorum Dominium Quiritarium penes Populum Romanum residebat; Dominium verò bonitarium, nudum seu naturale apud antiquos Dominos, seu possessores remanebat. Postquàm enim Populus Romanus totum Orbem & Provincias remotas ultrà Italiam suo Imperio subjugavit, summo jure Prædia antiquorum Dominorum eis auferebantur & publicabantur, §. *ea quæ* 17. *Inst. de rer. divis. l.* 20. §. 1. *ff. de Captivis. & postliminio reversis*; sed tamen Populus Romanus pietate motus retentô legitimô, Civili, & Quiritario apud se dominio, concessit antiquis Dominis possessionem, seu usumfructum Prædiorum, dum tamen Populo Romano tributum seu pensionem solverent, & dice-

 ban-

bantur Prædia tributaria seu stipendiaria, si Dominis antiquis sub tributo relinquebantur, *l.* 15. §. 1. *ff. de rei vindicatione l.* 27. §. *si quid ff. de usufructu. l. Lucius* 11. *ff. de Evictione. l.* 22. §. *ult. ff ad municipales*, Ursicius *in lib. de limitibus agror.* Theophilus *in* §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. divis.*; sivè dicebantur Prædia vectigalia, si publicè per Quæstores locabantur Colonis, qui solverent impositam pensionem, *l.* 12. §. *in vectigal. ff. de Publiciana in rem actio. l.* 1. *& tot. tit. ff. si ager vectigalis*, *l.* 31. *ff. de pignori*, *l.* 71. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 15. § *si de vectigalibus*, *ff. de damno infecto*, fecit differentiam Retes *lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 2. Hanc Prædiorum Provincialium sub tributo subjugationem lamentatur Virgilius *Eclog.* 1.

Nos Patriæ fines, & dulcia linquimus arva,
Nos Patriam fugimus.

& posteà

- - - - *Veteres migrate Coloni.*

Martialis *lib.* 8. *epig.* 53.

Jugera perdideras miseræ vicina Cremonæ.

Juxtà illud Virgilii:

Mantua vè miseræ! nimiùm vicina Cremonæ.

Qui modus subjugandi Provincias sub tributo jam etiam cognitus fuit, & lamentatus à Propheta Jeremia *cap.* 1. *lamentation.* dum ajt: *Quomodo sedet sola Civitas plena populo, facta est quasi Vidua Domina Gentium, Princeps Provinciarum facta est sub tributo.* Christus D. noster sic Petrum suum percontatus *Math. cap.* 17. *Reges terræ à quibus accipiunt tributum vel Censum? à filiis suis, vel ab alienis? & ille dixit, ab alienis.* Apostolus D. Paulus *epist. ad Hebreos cap.* 13. reddere tributum eos hortatur, dicens: *reddite ergo omnibus*

bus debita, cui tributum. tributum; cui vectigal, vectigal: omnes fere sic tributarias fecit Populus Romanus Provincias Orbis, aliquibus tamen à Censu & tributo concedebat immunitatem; in quo observandum maximè est, quòd Populus Romanus Civitati Barcinonensi propter sua merita, & excellentiam, immunitatem à Censu & tributo elargitus fuit; & si mihi tanquam filio non est credendum, merebitur fidem *Text. leg.* 8. *ff. de Censibus*, dicens: *Barcinonenses quoque ibidem immunes sunt.* De his rebus mancipi, & nec mancipi latè tractârunt Vinnius *in* §. *per traditionem* 40. *Inst. de rer. divis. n.* 6. *&* 7. Budeus *in leg.* 2. *ff. de orig. jur.* Cujacius *in paratit. Cod. de usucap. transfor. & obs.* 7. *cap.* 7. Brissonius *lib.* 4. *select. cap.* 22. Petrus Faber. *in leg.* 11. *de reg. jur. & lib.* 2. *Semest. cap.* 4. Rævardus 1. *var. cap.* 5. Donellus 5. *Com. cap.* 4. & alii citati apud Osualdum, Hotmannus *qq. illustr. cap.* 2. D. Melchior à Valentia *illus.* 1. *tra.* 2. *cap.* 2. *n.* 3. *&* 4. Gifanius *in leg.* 1. *de acq. posess. n.* 85. D. Franciscus de Amaya *in leg.* 1. *Cod. de fundis limitrophis n.* 22. *& sub tit. Cod. de annon. & tribut.* Hieronymus de Assin. *in rub. Cod. de usucap. pro empt. n.* 18. pluribus allegatis D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 19. *n.* 2.

Res igitur mancipi solùm ex Jure Quiritium 13
per mancipationem, sivè imaginariam venditionem poterant abalienari, constituente hoc lege 12. tab. Boëtius *in topic. Ciceronis*, Paulus *lib.* 2. *tit.* 7. Ulpianus *lib.* 5. *reg. tit.* 19. §. 2. 3. Retes *lib. opusc. cap.* 19. *n.* 1. *&* 4. si rationem hujus rei discusseris, hanc invenire poteris; quia cùm per mancipationem, & imaginariam venditionem transferatur dominium Civile & Quiritarium; & illud in rebus non mancipi sit apud Populum Romanum, & non apud Dominum possidentem: hac de causa res non mancipi non poterant per imaginariam

 vendi-

titionem alienari, sed solum res mancipi; quæ quidem mancipatio, & imaginaria venditio, cùm Civilis tota esset, non poterat nisi inter Cives Romanos celebrari. Retes *d. cap.* 19. *n.* 5. & dicebatur mancipatio à nomine *manu*, & à verbo *capio*, quia mancipatio rei si erat mobilis de manu vendentis in manum ementis transferebatur. Plinius *lib.* 33. *nat. hist. cap.* 3. D. Isidorus *lib.* 5. *orig. cap.* 25. Retes *d. cap.* 19. *n.* 5. Res igitur mancipi, si simpliciter tradebantur emptori absque solemnitate mancipationis, non dicebantur abalienatæ, sed solùm alienatæ, transferebatúrque in emptorem solum Dominium bonitarium, sivè naturale; Quiritarium autem, & legitimum apud Venditorem remanebat, Ulpianus *lib. reg. tit.* 1. §. 16. Theophilus *in* §. *ultimo Inst. de libertin.* Brissonius *lib.* 4. *select. cap.* 22. Retes *d. cap.* 19. *n.* 6. tumque res erat in bonis emptoris, & tunc demum in Dominio Quiritario emptoris erat, quando per eum
14 añô unô, sive biennio usucapiebatur. Retes *d. n.* 6.

Per mancipationem equidem solùm abalienabantur res mancipi, & corporales solemnitatibus, quas infrà videbimus; Diversum autem erat in Cessione in Jure, quæ erat alius modus solemnis transferendi dominium apud Romanos, per quam transferebantur, & alienabantur omnes res sive mancipi sive nec mancipi; sive mobiles sive immobiles, sive corporales, sive incorporales, Ulpianus *lib. reg. tit.* 19. §. 9. *& seq.* D. Isidorus *lib.* 5. *orig. cap.* 25. Varro *lib.* 2. *de re rustica; cap.* 1. & solemnitas hujus Cessionis in Jure erat, quod apud Magistratum vel Prætorem, vel Præsidem Populi Romanì is, cui res cedebatur, rem tenebat & dicebat: *Hunc ego hominem*, vel *rem ex jure Quiritium meum esse ajo.* Deinde postquàm iste vindicâsset, Prætor interrogabat eum qui cedebat, an contra vindicaret? quô negante vel ta-

cente, ei qui vindicaverat, illa res addicebatur his verbis, quæ Prætor seu Præses proferebat: *quando neque ais, neque negas, hunc ego hominem petenti, & vindicanti addico*, Boëtius *in topic. Ciceronis*, Valerius Probus *in lib. de notar. expositionibus*. Budæus *in leg. 2. de reg. jur.* Ræwardus *ad leg. 12. tab. cap. 16.* Rosinus *lib. 9. antiq. cap.* 10. D. Josephus Retes *lib. 1. opusc. cap. 16. n. 7.*

Supradicta imaginaria venditio, seu potiùs 15
ejus solemnitas, nexus olim ab Autoribus appellabatur. Festus *in nexu*, Cicero *in topic.* & *lib. 3. de Oratore*, Boëtius *in topicis*, Varro *lib. 6. de ling. latina*, seu, ùt alii volunt, nexus dicitur illa obligatio, quæ per æs & libram contrahebatur; Varro ubi suprà de quo vide latè D. Josephum Fernandez de Retes *lib. 1. misc. cap. 18. n. 10.* Multæ celebrabantur solemnitates in his imaginariis venditionibus, & mancipationibus, eas sigillatim explicemus: Prima solemnitas erat, quòd cùm in emptione substantialiter, & essentialiter pretium requiratur, exornavi suprà n. 9.; hac de causa in dictis imaginariis venditionibus, & mancipationibus, unus numus loco pretii erat, seu numus singulus, Agellius *lib. 18. noct. attic. cap. 13. l. si quis 46. ff. locati l. ususfructus 66. in fine ff. de jure dotium.* Retes *lib. 1. opusc. cap. 18. n. 6.* qui quidem numus æreus erat, dicebatúrque æs & libra, eò quia primis temporibus librales asses æneæ monetæ signatæ fuerunt percussi, Plinius *lib. 33. nat. hist. cap. 3.* quâ de causa in his imaginariis venditionibus hæc verba proferebat emptor: *emptum mihi esto hoc ære, æneáque librâ*, Boëtius *in topic. Ciceronis*, Horatius *lib. 2. epist. 2.*

Si proprium est, quod quis libra mercatur, & ære.

Ovidius *lib. 4 de Ponto, eleg. 15.*

Neque tuum libra norit & ære magis.

 Var-

36 Varro *lib.* 8. *de ling. latina.* Retes *d. cap.* 18. *n.* 6. Dicebatur etiam ille æreus numus, *Rudusculus*, sive *Raudusculus*, quia erat numus rudis, imperfectus, & impolitus, Festus *in Rudusc.* Brissonius *lib.* 1. *antiq. cap.* 7. Posteà tractu temporis mutata fuit numi materia, & amplius non fuit æs libralis, nec numus æreus, sed numus ex argento confectus, & dicebatur sestertius, Valerius Max. *lib.* 5. *cap.* 2. Alexander *libro* 4. *dierum genial. cap.* 24. Covarruvias *in tract. de veter. Num. Collat. cap.* 2. Antonius Augustinus *lib.* 2. *emen. cap.* 7. Pancirolus *lib.* 1. Thesaur. Var. *cap.* 37. Justus Lipsius *lib.* 1. *elect. cap.* 7. pluribus allegatis Retes *d. cap.* 18. *n.* 7. de quo fit mentio in leg. ult. Cod. de Donat. Cujacius *lib.* 10. *ob. cap.* 37. Retes *d. num.* 7.

37 Nec prædicta perturbant multi textus, præcipuè in leg. *Vir uxori* 17. *ff. ad SC. Vellejanum, l.* 36. *ff. de Contrah. emption. l.* 5. §. 6. *ff. de donat. inter Vir. & Uxor. leg.* 15. *leg.* 20. *Cod. eodem.* in quibus omnibus textibus expressè fatentur Consulti, quòd venditio facta uno numô & pretio imaginario est nulla, & non valet. Secundò ex difficilibus textibus in leg. *si ante* 10. §. *ult. ff. de acq. possess.* ubi emptio & venditio uno numô celebrata non valet, & in leg. *si quis* 46. *ff. locati*, ubi Locatio & Conductio numo unô facta similiter nulla est: Igitur istæ solemnes Mancipationes, & imaginariæ venditiones nulliter & absque effectu fuerunt à Romanis excogitatæ: D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 18. *n.* 2. primam difficultatem tetigit, & dissolvit dicendo: Quando fit & celebratur imaginaria venditio inter Personas inter quas prohibita est donatio, nulla est, & non valet; quia cùm imaginaria & commentitia venditio sapiat naturam donationis, prohibitâ donatione, est etiam

etiam prohibita imaginaria venditio, & non mancipatio, *leg.* 43. *Cod. Theodos. de hæreticis, leg.* 33. *Cod. eod. de Decurionibus*, Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. *in fine*: Unde cùm *in l.* 17. *ad SC. Vellejan. l.* 36. *de Contrah. emp. leg.* 5. §. 6. *ff. de Donat. inter Vir. & Uxor.* & reliquis textibus citatis in prima objectione loquantur Consulti de Marito & Uxore, inter quos est prohibita donatio, *l.* 1. *& tot. tit. ff. & Cod. de donat. inter Virum & Uxorem*, pluribus D. Josephus Retes *in tract. speciali de donatio. inter Virum & Uxorem*, hâc de causâ in dictis textibus non valet imaginaria vendititio, & mancipatio; Secùs autem inter illos, inter quos donatio prohibita non est, de quibus loquimur in præsenti. Secunda objectio difficilior est, eam tetigit Retes *d. cap.* 18. *n.* 3. sed eam non dissolvit: Intelligentia tamen, quam ego applico dictis textibus *l.* 46. *locat.* & *leg.* 10. §. *ult. ff. de acq. possess.* est, quod quando contrahentes habent animum contrahendi veram emptionem & locationem, & dant unum solum numum pro pretio seu pro mercede, tunc talis venditio, seu locatio non valet *d. leg.* 10. §. *ult. de acq. possess. l.* 46. *locati*, eò quia talis Contractus emptionis unô nummô factæ, cùm in se haberet læsionem ultrà dimidium, & ultrà Bessem, rescindenda esset juxtà legem juris veteris *in leg. in causæ* §. *idem Pomponius ff. de Minor. leg. item* 51. §. *fin. ff. locati.* Didacus Covarruvias *lib.* 2. *Var. cap.* 3. *ex n.* 2, Cardinalis Mantic. de *Tacit. & ambig. Conventio. lib.* 4. *tit.* 20. *n.* 52. Pater Valero in tract. *de different. inter utrumque forum*, verbo *Contractus*, *differ.* 1. noster Fontanella *decis.* 60. *n.* 10. si autem contrahentes solum habent animum contrahendi fictam, & imaginariam venditionem causa adimplendi solemnitates legum, tunc sufficit pretium imaginarium, & unus solus numus pro pretio.

Secun-

18 Secunda solemnitas, quæ requirebatur in his imaginariis vendititionibus & mancipationibus erat interventio libripendis, qui stateram tenebat, pendebátque pretium imaginarium: Romani enim tempore antiquo non utebantur signatâ monetâ, sed argento infecto pro moneta. Plinius *lib.* 33. *cap.* 3. Budæus *lib.* 1. *de asse pag.* 31. *&* *lib.* 5. *pag.* 203. Brisonius 1. *antiq. cap.* 7. Fornerius ad *legem* 159. *ff. de V. S.* Osualdus ad Donel *lib.* 6. *Com. cap.* 6. *lit. b.* quod hodie adhuc observant Chinenses politissimi Populi Asiæ, Joannes Mendoza *lib.* 1. *de reg. Chinæ cap. ult.* Osuald. *d. lib.* 6.; & sic eo tempore cùm pecunia non numeraretur sed ponderaretur, dabatur Persona publica à Populo Romanp electa, quæ libripens dicebatur, eò quia assem libralem pendebat Staterâ; de quo libripende meminerê Cajus *lib.* 1. *Inst. tit.* 6. Ulpianus *lib. reg. tit.* 20. §. 2. *& seq.* Justin. *in* §. 1. *Inst. de testam.* Gellius *lib.* 15. *noct. atticar. cap.* 13. Quintilianus *Declam.* 308. D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 18. *n.* 8. Iste igitur libripens assistebat in imaginariis vendititionibus & mancipationibus, quia cùm istis numus traderetur, pendebatur à libripende: De numorum origine multa adducere possem, sed nè totum in historicis tempus consumam, vide pro hoc Plinium *lib.* 8. *cap.* 56. Polydor. Virgilium *de rer. invent. lib.* 2. *cap.* 20. Vaconium 1. *declar. cap.* 12. Forcatul. *dialog.* 48. Pinel. *p.* 1. *rub. Cod. de rescind. vendit. cap.* 1. Balduinum *ad leg.* 12. *tab. cap.* 5. Charond. 1. *Verosim. cap.* 1. *&* 3. *Veros. cap.* 11. *& alios*, quos citat Heilligerus ad Donel. *lib.* 13. *Com. cap.* 1. *lit. k.* Præter assistentiam libripendis in his imaginariis vendititionibus & mancipationibus debebant in eis intervenire quinque testes Cives Romani; putavit enim Politica Romana, quòd in omnibus actibus legitimis

timis pro solemnitate deberent quinque testes intervenire, de quo posteà rationem videbimus, pluráque circa testium originem dicemus.

Solemnitates tandem ultimæ, quæ fiebant, 19
& celebrabantur in his mancipationibus erant hæ, quod congregatis in uno loco emptore imaginario, venditore, libripende, & quinque Civibus Romanis puberibus, ille, qui mancipiô accipiebat, seu emptor manu æs tenebat, & hæc solemnia verba proferebat: *Hunc ego hominem ex jure Quiritum meum esse dico, isque mihi emptus est hoc ære, eneáque libra.* Quibus verbis prolatis emptor ære seu numô percutiebat libram, & assem libralem venditori locô pretii dabat, qui quidem venditor accepto ære in jure cedebat emptori, solemnibúsque verbis rem à se abdicabat, tradebat, & mancipabat, & Judex posteà addicebat, seu adjudicabat rem emptori: Sic refertur *in leg.* 4. *Cod. Theodos. de donatio.* Ulpianus *in frag. tit.* 19. §. 3. Boetius Severinus *lib.* 2. *in top. Cicer.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 18. *n.* 9.

Mancipatio suprà explicata duplex erat, alia 20
erat mancipatio fiduciaria, seu cum contracta fiducia; alia erat mancipatio non fiduciaria, seu sinè contracta fiducia: Mancipatio fiduciaria celebrabatur quotiescunque res aliqua eâ lege emptori mancipabatur, & mancipanti posteà remancipabatur; & ideò dicitur fiduciaria, quia restituendi fides interponitur: Verba sunt Boëtii Severini *Com.* 4. *in topic. Ciceronis*; & ex hoc contractu oriebatur actio fiduciæ, de qua Cicero *lib.* 3. *de natura Deorum.* Retes *lib,* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 1. sic emancipatio filii ex lege facta, ut Pater naturalis filium sibi remancipatum manumittat, dicitur emancipatio contracta fiduciâ, de qua in §. *ad legitimam* 8. *Inst. de legit. agnat. succes.* Sic hæres gravatus de

 resti-

restituenda hæreditate dicitur hæres fiduciarius, quia fidei & pudori illius relinquitur restituere hæreditatem, *prin. tit. Inst. de fideicommiss. hæredit.* Sic pignus, quod debitor mancipabat creditori eâ lege, ut si pecunia tali die solveretur, ei remanciparetur pignus; si verò non solveretur, pleno jure remaneret apud Creditorem, diceba- tur pignus fiduciarium. Cicero *in orat. pro Flacco,* Paulus *lib. 2. sent. tit. 13.* §. 2. D. Isidorus *lib. 5. orig. cap.* 25. D. Josephus Retes *lib. 1. cap. 21. n. 2.* Tota igitur vis hujus mancipationis in fide consistebat: putavit enim Politica Romana, quòd nullus esset Civis Romanus, qui fidei naturali vinculo obstrictus, non adimpleret promissa, & ideò infamia notabatur fiduciarius, qui Idem frangebat, Cicero *lib. 3. de nat. Deor.* Retes *d. cap. 21.*
21 *n.* 1. Gravissimum enim, & enorme delictum est fidem frangere, omni enim jure admonitum est fidem servare: Jure Divinô ille maximus Populi Israëlitici Dux, qui Solis rotam detinuit, Josuè, cùm promisisset Gabaonitis illos non occidere, Josue *cap.* 9. & posteà murmurante Populo cur Gabaonitæ non occidebantur, Josue illis dixit: *Juravimus illis in Nomine Domini DEI Israël, & idcircò non possumus eos contingere.* Genes. *cap.* 44. Judas filius Jacob obtulit se ut servum propter Beniamin, quem in fidem suam receperat, dicens: *Ego propriè servus tuus sum, qui in meam hanc recepi fidem, & spopondi, dicens: Nisi reduxero eum, peccati reus ero in Patrem meum:* Omni tempore lege Divinâ constitutum fuit: *in cap. 2. Levit.* quòd anima, quæ peccaverit, & contempto Domino negaverit Proximo suo depositum, quòd fidei ejus creditum fuerat, deberet restituere integra omnia, & quintam insuper partem: In tantum æstimatur fides, quod DEO sacra scriptura dat atributum fidelis, Deut. *cap.* 7.

cap. 7. & 32. Propheta Rex *Psalm.* 144. Isaiæ *cap.* 49. Apostolus 1. *ad Corinthios cap.* 1. & 10. & 2. *ad Corinthios, cap.* 1. Citharista Rex *in Psalm.* sic canit: *Quæ procedunt à labiis meis non faciam irrita.* Salomon sic dicit: *Fidelis Dominus in omnibus verbis suis, & Sanctus in omnibus suis,* & per Evangelistam: *Cœlum & terra transibunt, verba autem mea non præteribunt.* Si igitur supremus terræ & Cœlorum Princeps DEus O. M. gloriatur, quòd fidelis nominetur, quis homo erit, qui fidelis non sit, & fidem non observet? O! fragilitas naturæ humanæ! quod cùm fides tantum inter homines deberet florere, non est unus homo, qui fidelis sit, exclamavit hoc Spiritus Sanctus Prover. *cap.* 20. *multi homines misericordes vocantur, virum autem fidelem quis inveniet?* Lachrimatus fuit hoc Ovidius in illa ferrea suâ ætate 1. *methamor.*

Protinus irrupit Venæ pejoris in ævum
Omne nefas, fugere pudor, verúmque, fidésque
In quorum subiêre locum fraudésque, dolique,
Insidiæque, & vis, & amor sceleratus habendi.

O! tempora! O mores! timeant homines sententiam, quam protulit DEus contra Regem Juda Joachim, eò quia ruperat fidem, juramentum & fœdus Regi Nabucodonosor ore Ezechielis *cap.* 17. *Nunquid prosperabitur, & consequetur salutem, qui fecit hæc? & qui dissolvit pactum, numquid effugiet? Vivo ego, dicit Dominus DEus, quòd in loco Regis, qui constituit eum Regem, cujus fecit irritum juramentum, & solvit pactum, quod habebat cum eo, in medio Babilonis morietur,* & alia multa, quæ aures contremiscunt: Discant ex hoc exemplo Reges & Politici Monarchias gubernantes fidem, & pacta, & fœdera servare, né simili pœna à DEO castigentur; Fides enim est Pyramis & fundamentum Monarchiarum: Ubi fides servatur, Regna florescunt, Ci- 22

vitates populantur, homines multiplicantur; ubi autem fides deficit, & violatur, Civitates & Castra depopulantur, bella moventur, populi affliguntur, & Regna de uno in alium transferuntur; nam fides est fundamentum Justitiæ, & sinè fide Justitia esse non potest. *Can. ubi sana*, 24. *q.* 1. Cicero *officior.* 1. & propter Injustitiam Regna destruuntur, & de Gente in Gentem transferuntur, ut canit Spiritus Sanctus *Ecclesiastic. cap.* 10. *Regnum à Gente in Gentem transfertur propter Injustitiam, sapientiæ cap.* 6. *& lib.* 3. *Reg. cap.* 20. ùt aliqua dixi suprà à n. 23. D. Ludovicus de Paguera in *Praxi Crim. cap.* 2. *&* 3. *& cap.* 6. *n.* 3. tunc etiam Jure naturali secundævo (& etiam primævo, ùt constat in Cane symbolo fidelitatis, Langius in Polyanth. verbo *Canis*) naturâ dictante statutum est, fidem servare & non frangere, *l.* 1. *ff. de pact.* Bartolus, Paulus *ad d. tex.* Angelus in §. 1. *Inst. de oblig.* §. *quod verò* 1. *Instit. de Jur. nat. gent. & Civili.* D. Thomas 22. *q.* 70. *art.* 1. *Vers. ad primum*, dicit, quòd servare fidem est de Jure naturali, D. Ludovicus de Paguera *in Pract. Crim. cap.* 6. *n.* 5. Jure Civili plures textus fidei observationem suadent *l.* 1. *ff. de constitut. pecunia l.* 1. §. *merito ff. depositi. l.* 1. *Cod. de Condit. in horreis pub. lib.* 10. *leg.* 1. *in princ. ff. de Ventre inspiciendo. l. inter claras Cod. de summa Trin. & fide Cathol.* Jure Canonico, nàm legitur in cap. *in qualibet*, *caus.* 23. *q.* 8. *quòd per fidem magìs quàm per Sudores Corporis Respublica gubernatur.* Nec deficit pro hoc jus nostræ Cathaloniæ, quæ est fidelitatis exemplar, in Usatico *simili modo*, ubi habetur: *quòd per fidem & Justitiam & Pacem & Veritatem Principis omne Regnum gubernatur.* Sancti Patres multa de fide exclamant, D. Augustinus: *Ubi sana fides non est, non esse potest Justitia, quia justus ex fide vivit:* Ubi ille qui frangit fidem, non

non est justus & peccat mortaliter, Paguera ubi supra n. 9. D. Hieronymus *supra Ezech.* aurea hæc verba profert: *Fides hosti etiam servanda est, nec est considerandum quid sed per quem juraverit.* D. Gregorius *homil.* 29. *Tunc enim veraciter fideles sumus, si quod verbis promittimus, operibus adimplemus.* Cognoverunt etiam fidei inviolabilitatem Ethnici Poëtæ, Claudian.

Huic Divæ germana fides eadémque sororis
Corde tuæ delubra tenes.

Ovidius *epist.* 18.

Non bove mactato Cælestia Numina gaudent,
Sed quæ præstanda est, & sine teste fide.

Sylvius 11.

- - - *Stat nulla diu mortalibus usquam*
Fortunâ titubante fides.

Idem Sylvius 2.

Quis vero non æquo dedit Victoria nomen
Audite ò Gentes, non rumpite fœdera pacis,
Nec Regnis præferte fidem.

Videamus quid antiqui Philosophi solo lumine naturali discurrentes circà hoc dixêre? Cicero *libro de amicitia* dixit: *Sed nihil est stabile, quod est infidum*; Livius *decad.* 1. *lib.* 6. *cum fidei abrogatione omnis humana Societas tollitur.* Quintus Curtius *de gestis Alexand. lib.* 8. *Fides stabile & æternum facit Imperium.* Guicciardinus *lib.* 1. *histor. nihil Principe aut Republica indignius, quàm fidem datam non servare.* Philippus Comineus: *Fides violata, cuicumque data fuerit, tandem à Deo punitur.* Deveniamus ad historias quæ circà fidem successerunt: refert Valerius Max. *lib.* 2. *cap.* 4. Gellius *lib.* 7. *cap.* 18. quod cùm de-

cem milites Romani ab Annibale capti fide promissâ redeundi Romam reversi fuissent, & octo fide adimpletâ ad Annibalem reversi fuissent, & alii duo, fide fractâ, non; tantùm isti duo fidei ruptores odiô habiti, & persecuti fuêre à Romanis, quòd se ipsos interfecerunt. Celebre fuit in hoc factum Marci Reguli Consulis Romani, qui cùm captus fuisset à Carthaginiensibus, & fide promissâ Romam ivisset, sciens, quòd si Carthaginem revertebatur, à Carthaginiensibus interficeretur, potiùs mortem subire, quàm fidem à se datam violare voluit. *l. Postliminii Jus §. captivo ff. de captiv. & Postlim. revers.* Paguera *in Pract. Crim. cap. 6. n.* 11. Idem de Guidone Comite Flandriæ II. à Philippo Pulchro Rege Gallorum capto refert Fulgosius *lib. 6.*; Meyer *annal* 10. Siphax Numidiæ Rex propter fœdus & fidem Romanis violatam unâ die & Regnum & libertatem amisit, ut refert Titus Livius *decad. 3. lib.* 10. *cap.* 6. Celebrata fuit ab omnibus Authoribus, ut recentiores historias referam, fides Imperatoris Caroli V. qui perversam Hæresis hydram, Martinum Lutherum, sub sua Imperatoris fide vocatum potiùs voluit dimittere, quàm occidere, quamvis hoc ultimum consulerent non pauci, quoniam non aliàs Religio immunis ab erroribus servari posse videbatur. Multos alios invenies apud Langium *in Polyanth*: verbô *fides* D. Ludovicum de Paguera *in Pract. Crim. d. cap. 6. per totum.* Quis igitur hæc audiens, quis hæc legens, quis hæc videns toto corde, fidei observationem recipere, & eam non rumpere non procurabit? Utinam nullus sit! Sic enim Deo O. Max. maximè placebit.

23 Mancipatio igitur cum fiducia, ut ad propositum redeam, celebrabatur, quando venditor ea lege rem emptori mancipabat, ut ipsi iterum re-

man-

manciparetur; Mancipatio autem non fiduciaria seu sinè fiducia, erat, quando res in perpetuum alienabatur sinè eâ lege, ut remanciparetur, de quibus amplius videbimus quando agemus de emancipatione filiorum. In multis igitur negotiis Romanorum interveniebat solemnitas, & scrupulositas Mancipationis, & imaginariæ Venditionis. Primò in emancipatione liberorum, quod posteà in his Dissertationibus explicabo.

2dò. In adoptationibus interveniebat ficta 24
ista Mancipatio, non in arrogationibus, quæ fiebant Kalatis Comitiis apud Populum, Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 7. dixi supra n. 133. & posteà Lege Regiâ latâ apud Principem *l.* 2. §. 1. *ff. de adopt.* §. 1. *Inst. eod.* Retes *d. n.* 7. sed in adoptionibus specificis quando scilicet Pater aliquis dabat filium suum in adoptionem, alteri vendebat filium per imaginariam Venditionem, seù per æs & libram mancipabat, & in Jure cedebat, & filium Coëmptor vindicabat, posteaque illum manumittebat, qui quidem filius à Coëmptore manumissus recurrebat Jure suo in potestatem Patris naturalis, à quo iterum vendebatur, mancipabatur, in Jurê cedebatur, & ab adoptatore iterum manumittebatur, & tertiò idem fiebat, sed non manumittebatur à Coëmptore, sed redimebatur in locum filii adoptivi. Agellius *lib.* 5. *noct. attic. cap.* 19. Suetonius *in Aug. cap.* 99. D. Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 7. 3tiò interveniebat hæc imaginaria venditio & mancipatio in matrimo- 25
niis per Coëmptionem, seu in manus conventionem, quæ apud Romanos celebrabantur, sic enim fiebat apud Romanos hoc matrimonium, quòd Vir & Uxor invicem se interrogabant sic: Vir itâ: *An sibi Mulier Materfam. esse vellet?* & illa respondebat: *Velle*, posteà Mulier interrogabat:

An

An Vir sibi Paterfam. esse vellet? & ille respondebat, *Velle*, posteaque Vir & Uxor invicem se emebant ad denotandum forsan, quod tanta sunt onera intolerabilia Matrimonii, quæ ponderat noster Fontanella *tom. 2. de pactis nup. claus. 6. glos. 2. p. 3. & n.* 1. quod non potest homo, nisi vendendo se, tanquam servus, illa sustinere: Hoc Matrimonium, & supradicta denotavit Virgilius 1. *Georg.*

Teque sibi generum Tetis emat omnibus undis.

Servius Danielis *ad d. lib. 1. Georg.* Unde in hoc Matrimonio per Coëmptionem, seu in manu Conventionem, Uxor erat in familia Viri, quasi filia & suus hæres. Ulpianus *in reg. tit.* 22. §. 14. rumpebat præterita Viri jam factum Testamentum, *tit.* 23. §. 3. succedebat Viro suo ab intestato, *tit.* 26. §. 4. excludebat Patronum ex lege 12. tab. Ulpianus *tit.* 29. §. 1. patiebatur maximam Capitis diminutionem, *tit.* 11. §. 13. Pro quo videndi sunt latè materiam explicantes Boëtius *lib. 2. Topic. Ciceronis*, Cujacius *ad Ulpian. in reg. tit.* 9. Petrus Faber *lib. 2. semes. cap.* 12. Brissonius *de ritu nupt. pag.* 250. Fornerius *lib. 1. select. cap.* 11. Rosinus *lib. 5. antiq. cap.* 37. Ludovicus della Cerda *ad lib. 1. Georg. Virgil. vers.* 31. *annot.* 13. D. Joannes Suares de Mendoja in tract. ad legem Aquiliam *lib. 2. cap. 3. sect.* 3. P. Andreas Pintus Ramirez *in Cantica lib. 1. cap. 7. vers. 1. n.* 433. pluribus de more allegatis D. Josephus Retes *lib. 1. op. cap. 4. n. 10. & cap. 21. n.* 6.

26 His ità præmissis, veniamus ad testamentum per æs & libram, quòd fiebat per mancipationem, *Justin. in §. 1. Inst. de testam.* Antiquatis illis duobus testamentorum generibus (dicebam suprà n. 232.) scilicet testamento Kalatis Comitiis, & testamento in procinctu, successit, teste Justin.

in d.

in d §. 1., tertium genus testamentorum, scilicet testamentum per æs & libram, seu per Mancipationem & imaginariam Venditionem, quod expeditiùs omni tempore, & ab omnibus celebrari poterat, D. Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 11. & illud testamentum fiebat in hunc modum, quòd congregabantur in uno loco testator venditor familiæ, Titius v. g., Sejus emptor hæreditatis, Sempronius futurus hæres, libripens cum statera, quinque testes puberes, Cives Romani, & contestati; illis congregatis Titius vendebat familiam seu hæreditatem Sejo, Sejus Nummum Raudusculum, seu assem Cayanum manutenebat, librámque tangebat, libripens appendebat, & emptor hæc solemnia verba proferebat: *Hæc familia empta mihi esto hoc ære, æneáque libra, vos in eam rem Quirites testimonium perhibitote.* Deinde venditor illi mancipabat familiam, & emptor vindicabat, quô fiebat emptor Quiritarius Dominus hæreditatis viventis testatoris tempore habili in vita testatoris, sed tamen abalienatio effectum non habebat nisi post mortem. D. Josephus Retes *d. cap.* 21. *n.* 11. Osualdus ad Donel. *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* Vinnius *in* §. 1. *Inst. de testam. n.* 3.

Statim oculis objiciunt Authores dubium, & quæstionem in hac materia, utrum in hoc testamento per æs & libram emptor familiæ esset distincta Persona ab hærede, an verò ipse hæres esset emptor familiæ? diversas fuisse personas suadere curant Authores ex §. *sed neque hæres* 10. *Inst. de testament.* Ubi Justin. dicit, quod olim jure antiquo in testamento per æs & libram emptor familiæ non poterat esse testis, bene verò hæres, cui mancipanda erat familia; eò quia totum negotium illius testamenti non gerebatur cum hærede, sed cum familiæ emptore: quod signum est, 27

quòd emptor familiæ ab hærede erat diversa persona, sic ratiocinatur Retes *d. cap.* 21. *n.* 11. 2dò deducitur ex loco Suetonij *in Vita Augusti Imp. in fine*, ubi dicit, quod Domitius Ænobarbus fuit emptor familiæ Augusti, & hæredes primo gradu Tiberius & Livia: secundo gradu Drusus & Germanicus; & tertiô gradu complures propinqui & amici; ergò ex hoc loco Suetonij clarè infertur, emptorem familiæ distinctam personam fuisse ab hærede, sic Retes *d. cap.* 21. *n.* 11. Sed tamen in hoc mihi placet Vinnius *in* §. 1. *Inst. de testam.* & Theophilus *ibidem*, qui dicunt, quod primis temporibus dum habuit initium hoc testamentum per æs & libram, ipsemet hæres futurus familiam emebat; progressu autem temporis, cùm fuisset multum inconveniens, & periculosum testatori, quòd ipsemet hæres futurus familiam emeret; quia generabatur odium, & invidia in aliis successoribus legitimis, & agnatis testatoris; hac de causâ receptum fuit, ut solemnitatis causâ palam adhiberetur familiæ emptor, sed iste quòd esset alius ab hærede, qui ut manceps fiduciarius, hæredi seorsim in quibusdam tabulis scripto, mortuô testatore, familiam remanciparet. Quod si autem nec placet ista Vinnij explicatio, alia fortè poterit arridere, quam adducit D. Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 11. quòd nempè emptor, qui emebat familiam, erat distincta Persona ab hærede, & quòd testator venditor contrahebat fiduciam cum emptore, ut se mortuô restitueret Cajo fundum, Mævio Centum legata, Sticho libertatem, & reliquum substantiæ Sempronio hæredi futuro; Qui etiam legatarij & hæres intervenire debebant, & paciscebantur sibi: Nam testator, si forsan esset extraneus, non poterat illis pacisci & stipulari, cùm alter alteri pacisci & stipulari

lari non possit, §. *si quis alii* 4. §. *alteri* 18. *Inst. de Inutilibus l.* 73. *in fine de reg. jur.* Retes *d. n.* 11. Chesius *differ. cap.* 87. D. Ferdinandus Arias de Mesa *lib.* 3. *Var. cap.* 50. Jacobus Cancer. *p.* 2. *cap.* 1. *an.* 131. Unde legatariis & hæredi nullum jus acquiri poterat, nisi ipsi pactum interponerent, & sibi stipularentur, Retes *d. cap.* 21. *n.* 11. Vel si mavis conciliare illos Authores, dic quòd in initio hoc testamentum per æs & libram celebrabatur modô, quô explicat Retes *d. n.* 11.; sed posteà propter inconvenientia, quæ exinde sequebantur, fiebat modô, quô explicat Vinnius, nec legatarii, nec hæres sibi stipulabantur, sed in tabulis seorsim hæres & legatarii scribebantur. Osualdus *lib.* 6. *cap.* 6. *lit. b.*

A quo jure; & quo tempore in usu fuerit 28
apud Romanos hoc testamentum per æs & libram discurrit D. Josephus Retes, optimus hujus testamenti observator *lib. opusc. cap.* 21. *n.* 12. nam relictô Connanô *lib.* 9. *Com. cap.* 1. *n.* 5. asserit ipse Retes, quòd hoc testamentum fuit in usu apud Romanos ante leges 12. tab.; aliàs non fuisset necessaria talis scrupulosa solemnitas testandi; Cui in hoc assentior; sed ei dissentio, quatenus dicit, quòd hoc testamentum per æs & libram fuit inventum à Jurisprudentibus ex ratione juris; eò quia ante leges 12. tab. nulli fuerunt Jurisprudentes, & Juris-Consulti, ùt videre poteris supra differt. 1. n. 64. Undè puto tale testamentum receptum fuisse moribus Populi Romani antè leges 12. tabularum: sed adhùc post leges 12. tab. in usu remansit usque ad tempora Augusti Cæsaris, ùt probat Suetonius in Nerone *cap.* 4. ubi Augustus Cæsar per æs & libram fuit testatus: duravit hoc testamentum usque ad tempora Tiberii

Cæsaris, & tempora Domitiani, Quintilianus *declam.* 308. & etiam usque ad tempora Constantini, ùt existimat D. Josephus Retes *d. cap.* 21. *n.* 12.

29 Rationes propter quas usus diuturnus Romanorum hoc testamentum per mancipationem introduxit, fuêre eædem, quas supra ponderavi n. 6., quibus impellentibus testamentum Kalatis Comitiis in desuetudinem abiit; alia etiam ratio fuit, quia cùm ultima dispositio testantis non potest valere tanquam collata in tempus inhabile, utpotè in tempus post mortem testatoris, quô tempore cum mortuus sit, non potest disponere, Covarruvias *lib.* 3. *var. cap.* 6. *n.* 7. Faber 14. *Conj. cap.* 20. Vasquius Menchaca *lib.* 1. *de success. creat.* §. *n.* 18. Spino *in specul. testam.* 2. *p. rub. n.* 17. D. Josephus Retes *cap.* 21. *lib.* 1. *n.* 9. dixi supra n. 2. putaverunt Romani hoc simulato colore venditionis ei difficultati occurrere, quia hoc modô inter vivos disponebatur & mancipabatur hæreditas sub fiducia, ut hæredi remanciparetur. Osualdus *lic.* 6. *cap.* 6. *lit. b.* Retes *d. cap.* 21. *n.* 12.

30 Fuit igitur hoc testamentum per æs & libram introductum à Romanis ad typum, & imaginem illius antiqui testamenti, quod celebrabatur Kalatis Comitiis, D. Josephus Retes 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 12. unde quærunt Authores, quâ ratione & causa cônstituerunt Romani, quòd in hoc testamento per mancipationem requirerentur præter libripendem, & emptorem familiæ quinque testes puberes contestati, & Cives Romani, nec sufficiebant duo testes, juxtà illud Deutorenom. *cap.* 19. *&* 17. *Matthæi cap.* 18. *in ore duorum vel trium stat omne verbum*: varias excogitârunt rationes: Quidam silent, Vultejus *in* §. 5. *Inst. de testam. n.* 27.; Alii dicunt, quia sic placuit, Forcatulus *Dialog.* 14. *n.* 7.

n. 7. Alii, quia numerus septenarius seù quinarius perfectior aliis est, Joannes Dauther. *de testam.* §. *de testibus testamentariis n.* 420. quod non puto, quia perfectior est numerus ternarius Divinam Trinitatem ræpresentans, & numerus senarius perfectissimus est, quia juxta Mathematicos ejus partium aliquotarum utpote 3. 2. 1. summa adæquat ipsum totum, Euclides *lib.* 7. *defin.* 22. Puig. *in sua Arithmetica lib.* 1. *cap.* 6. unde Osualdus, aliis pluribus rejectis, dicit rationem, cur in hoc testamento quinque testes desiderabantur, fuisse, quia in testamento per Kalata Comitia, ad cujus imaginem introductum fuit hoc testamentum per æs & libram, interveniebant quinque Classes Civium Romanorum; postquàm enim Servius Tullius Sextus Rex Romanorum Populum Romanum in quinque Classes, & in 192. Centurias divisit, populus cæpit in Kalatis Comitiis suffragium ferre per partes, dixi supra disser. 1. n. 129. Joachim. Hopper. *lib.* 4. *pag.* 131. Jacob Rævardus *lib.* 2. *Con.* 1. *cap.* 20. Antonius del Rio *lib.* 2. *de Princip. jur. pag.* 22. Osualdus *lib.* 6. *Com. cap.* 7. *lit. f.* Undè sicut in testamento Kalatis Comitiis illæ quinque Classes tanquam testes illius testamenti interveniebant; sic similiter voluit usus Romanorum, quòd in hoc testamento per mancipationem quinque testes intervenirent, non quia duo Testes non sufficiant ad eruendam Veritatem, juxtà *cap.* 19. & 17. *Deutorenom. In Ore duorum vel trium stat omne verbum.* Sed quia causa solemnitatis voluit populus Romanus, quòd quinque testes repræsentantes illas quinque Classes assisterent huic testamento per æs & libram: Et quamvìs D. Josephus Retes *d. cap.* 21. *n.* 12. notaverit Osualdum *d. lib.* 6. *cap.* 7. *lit. f.* quòd dictam rationem magis ingeniosè, quàm quod certa esset, excogi-

tavit, tamen dùm Retes aliam meliorem non adducat, rationi Osualdi standum est. Similiter nihil me perturbat Arnoldus Vinnius *in* §. 2. *Inst. de testam. n.* 1. hanc rationem Osualdi pluribus rationibus reprobans, quia si ipse Vinnius rationem adduxisset, ei assentiri aliquo modo possem.

31 Sed tamen cùm nihil apud rerum naturam sit, quod aliquem defectum & difficultatem non patiatur, secutum fuit, quòd tempore Jurisprudentiæ Romanæ hoc testamentum per æs & libram cæpit minùs frequentari, ut docet Theophilus *in* § 1. *Instit. de testam.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 12. Rationes autem propter quas hoc testamentū minùs frequentatum fuit, fuerunt istæ: Prima: quia testamentum per æs & libram magna incommoda afferebat testatoribus; nam cùm hæredes & legatarii certò scirent se laturos esse hæreditatem & legata, in perniciem testatoris illum non diligendo, insurgebant, D. Josephus Retes *d. cap.* 21. *n.* 12. Secunda: quia cùm hoc testamentum per æs & libram fieret per speciem Venditionis, & Contractus, qui semel perfectus, amplius non potest revocari *l.* 58. *ff. de pactis l.* 1. *&* 2. *Cod. quando liceat ab emptione recedere*, sequebatur, quòd tale testamentum non poterat mutari nec revocari, quod maximum inconveniens testatoris erat. Menchaca *de Success. Creat.* §. 1. *n.* 21. Theophilus *in* §. 1. *Instit. de testam.* D. Josephus Retes *d. n.* 12. Tertia ratio fuit, quia hoc testamentum per mancipationem sapiebat multum naturam Fideicommissi, cùm totum penderet à fiducia, fide, & pudore emptoris; qui mancipio accipiebat hæreditatem; sed Fideicommissa olim tempore mediæ Jurisprudentiæ ante Augustum Cæsarem infirma erant, & nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, §. 1. *Inst. de*

fidei-

fideicommiſ. hæredit. l. 13. *Cod. de contrahen. empt.* Ergò hoc teſtamentum per æs & libram antiquis juris principiis repugnabat: Quare his rationibus ſuadentibus æquiſſimus Prætor introduxit novum teſtamentum, & novam ſolemnitatem teſtandi ſinè mancipatione §. 2. *Inſt. de teſtam.* ſed tamen advertere oportet, quod quamvìs teſtamentum per æs & libram difficultates aliquas pateretur, & quamvìs eſſet introducta nova forma teſtandi jure Prætoriô, tamen non in totum abrogatum fuit teſtamentum per æs & libram, ſed cæpit minùs frequentari, taliter quod qui volebat teſtari illis antiquis nexibus & mancipatione, adhuc poterat, & ille, qui volebat teſtari formâ à Prætore introductâ, ei non contradicebatur, Cujacius (quidquid alii dicant) *in leg. qui teſtamenta*, 20. *ff. de teſtam.* Gothofredus *in notis ad Theophilum in* §. *ſed neque hæres* 10. *Inſt. de teſtam.* Et hoc demonſtratur, quia tempore Imp. Alexandri Severi adhùc in aliquali uſu erat hoc teſtamentum per æs & libram, Retes *lib.* 1. *opuſc. cap.* 21. *n.* 12. & hoc tempore jam ferè omnia Prætorum Edicta erant facta: Unde hoc teſtamentum per nexus & venditiones imaginarias duravit uſque dum Imperator Conſtantinus, ùt habetur *in leg.* 15. *Cod. de teſtam.* has antiquas & ſcrupuloſas ſolemnitates derogavit, D. Joſephus Retes *d. cap.* 21. *n.* 12. quamvìs contrà clamet Oſualdus ad Donel. *lib.* 6. *Com. cap.* 6. *lit. b.*

Propter igitur inconvenientia ſupradicta Præ- 32
tor relictis illis teſtamentis, quæ ad Jus Civile pertinebant, aliam novam formam teſtandi introduxit, Juſtiniano teſtante *in* §. 2. *Inſtit. de teſtam.* (nam quamvìs Jus Prætorium Jus Civile ſit, §. *conſtat. Inſt. de jur. Nat. Gent. & Civil.* §. *Prætorum quoque edicta Inſt. eod.* ùt ſupra diſſert. 1. n. 212.) tamen

Jus

Jus Civile strictiùs sumptum Juri Prætorio contraponitur) undè tale testamentum à Justiniano Civile non nominatur *d.* §. 2. *Inst. de testam.* sed Prætorium: Pro quo mente tanquam primum hujus testamenti fundamentum tenendum est; quod testamentum à Prætore introductum sinè mancipatione, & imaginariis venditionibus Jure Civili non valebat, eò quia deficiebat in eo solemnitas intrinseca à Jure requisita, utpote nexus, & mancipatio; sed tamen Jure Prætoriô valebat, & Prætor ex illo dabat bonornm possessionem secundùm tabulas, quia Prætor, cùm semper oculis æquitatem habeat, *leg. quod Ephesi, ff. quod certo loco*, non curat de solemnitatibus & scrupulositatibus Juris Civilis. Ulpianus *tit. pen.* §. 5. Vinnius *in d.* §. 2. *Inst. de testamen.*

33 Forma igitur hujus testamenti à Prætore introducti hæc fuit, quod si aliquis Civis Romanus testari volebat relictis illis antiquis ambagibus mancipationis & venditionis per æs & libram, nihil aliud facere debebat nisì vocare & rogare 7. testes, illisque tradere testamentum scriptum, & quòd testes illud testamentum suis signaculis signarent, quo facto, ex illo testamento dabat Prætor bonorum possessionem secundùm tab. quamvìs Jure Civili stricto non valeret: sicuti ex testamento irritô factô per Capitis diminutionem, posteà testatore in pristinum statum restituto, Prætor dat bonorum possessionem secundùm tab. dummodò illud testamentum 7. testium signis signatum sit. §. *non tamen* 6. *Inst. quibus modis testamenta infirmantur*, *l.* 1. §. *sufficit*, §. *exigit. ff. de bon. possess. secundum tab. l.* 7. *cum aliis ff. eod. l.* 1. *ff. de injusto, rupto*, Antonius Pichardus in §. *sunt autem Inst. de bon. possess. n.* 16. Jacobus Cujacius *lib.* 41. *Pauli ad edictum adl.* 5. *de legatis præstandis*, Faber *lib.* 9. *Conj. cap.*

cap. 14. & *lib.* 10. *cap.* 18. & *de error. pag. decad.* 39. & 7. Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *int. cap.* 5. *n.* 21. D. Melchior de Valentia *Illat. tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 22. D. Josephus Retes *lib.* 6. *opusc. cap.* 8. *n.* 15.

Explicemus sigillatim hanc formam testandi 34 à Prætore introductam. Primò Prætor in testamento 7. testes exigebat, & si quæris rationem, cur septenarium numerum Prætor desiderabat, repetitis his, quæ dixi n. 30. ea fuit, quòd cùm Prætor tollere vellet fictitiæ mancipationis ambages, & ritus venditionis familiæ (non tollendo Jus Civile, sed corrigendo) numerum septenarium testium adauxit, ità ut Prætor numero quinque testium quos Jus Civile desiderabat, duos adjunxerit in locum libripendis, & familiæ emptoris, qui jam in antiquo testamento per æs & libram interveniebant; quam rationem (licèt dicat Vinnius *in* §. 1. *Inst. de testam.* hoc indagare velle, esse nimiæ curiositatis) primus excogitavit Osualdus ad Donel. *lib.* 6. *Com. cap.* 7. *lit. f.*

Et cùm duplex sit testamentum, aliud testa- 35 mentum scriptum, & aliud testamentum nuncupativum, de quo testamento ex his Prætor disponebat, quæramus oportet; cui dubio facilis est resolutio, quòd Prætor solùm disponebat in testamento scripto, non in nuncupativo, ut sic videtur tenere Arnoldus Vinnius *in* §. *ultimo, Inst. de testam. in notis*: & ratio evidens est, quia Prætor cùm requirat signa testium, & quod testes obsignent testamentum, intelligit disponere de illo testamento, quod potest obsignari, ùt constat; sed solum testamentum scriptum potest obsignari, non autem nuncupativum, quia in testamento nuncupativo non dantur tabulæ testamentariæ, quæ obsignari possint, Vinnius ubi supra; Ergò dispositio Prætoris de 7. testibus obsignan-

 tibus

tibus testamentum, loquitur de testamento scripto, & nullatenus de nuncupativo; benè verum est, quòd quamvis testamentum nuncupativum non esset Prætorium sed Civile, Prætor ut Custos & viva vox Juris Civilis, *l.* 8. *ff. de Just. & Jure*, ex testamento nuncupativo dabat bonorum possessionem non secundùm tabulas, sed secundùm nuncupationem, *l.* 8. §. *ultimo ff. de bonor. possess. secundùm tabulas*, Vinnius *in d.* §. *ultimo de testam.*

36 In testamento per æs & libram duo solumodò requirebantur, utpote familiæ mancipatio, & nuncupatio voluntatis testatoris, cui volebat relinquere hæreditatem; quod receptum fuit, postquàm obtinuit, quod uni familia palam mancipаretur, & alius hæres in tabulis, vel chartis seorsim scriberetur; non tamen in eo testamento per æs & libram signa testium requirebantur, §. 1. *Inst. de testam.* Prætor igitur de novo introduxit, quòd testium signa apponerentur in testamento, & quòd septem testes testamentum obsignarent. Res hæc pulchra est: historiam explicemus, altiùs rem repetendo.

37 Primi Inventores literarum, seù artis scribendi (ùt ex quibusdam Authoribus suscepi) fuerunt in literis Chaldaicis & Hæbraicis Abraham & Moyses; in literis verò Græcis & Latinis Regina Isis

38 & Nicostrata; materia autem, in qua antiquitus scribebatur, antequàm Papyrus inveniretur, varia fuit; de quibus facit mentionem Consultus in *leg. librorum*, §. *Chartis*, *de leg.* 3. *lege Chartæ ff. de bon. possess. secundùm tab.* Primò Antiqui scripserunt in foliis Palmarum, ut refert Plinius Major *lib.* 13. *hist. natal. cap.* 10.; sic legitur, Sybillam Cumæam sua vaticinia in foliis scripsisse, Virgilius *Æneid.* 6.

- - - Foliis tantùm ne Carmina mandes;
Nè turbata volent rapidis ludibria ventis:
Ipsa canas ore.

Alii

Alii dicunt, antiquitùs primùm Gentes scripsisse in foliis cujusdam arboris, quæ vocabatur Papyrus, posteà scripserunt in libris quarundam arborum: Deinde publica monumenta in plumbeis voluminibus, & privata linteis scripta fuêre, posteà tabulis ceratis seu cerâ lenitis: tabulæ enim ligneæ erant, & cera cooperiebantur: Sic legitur *Exodi cap.* 31. *&* *cap.* 9. *Deuteron*, quod Deus Optimus Maximus dedit Moysi duas tabulas lapideas, in quibus, digitô Dei Præcepta Decalogi erant scripta: Hæ tabulæ ligneæ ceratæ dicebantur pugillares, & non solùm Romani in scribendo pugillaribus seu tabulis ceratis utebantur, sed Hebræi quoque sic scribebant, quod denotatur ex testimonio D. Lucæ *cap.* 1. ubi de Zacharia Patre D. Joannis Baptistæ sic ajt: *Et postulans pugillarem, scripsit, dicens: Joannes est Nomen ejus:* Mirabilia sunt circà variam materiam scribendi verba *Plinii lib.* 13. *histor. natural. cap.* 11. sic inquientis: *& ante non fuisse Chartarum usum, sed in palmarum foliis primò fuisse scriptitatum, deinde quarundam arborum libris, posteà publica monumenta plumbeis voluminibus, & privata linteis confici cæpta, aut Ceris: Pugillarium enim usum fuisse etiam ante Trojana tempora invenimus apud Homerum*: de quo, licèt remissivè, tractant dictus Plinius *lib.* 13. *d. cap.* 11. *&* 12. Petrus Gregor. *lib.* 13. *Sintagmat. cap.* 22. *n.* 6. Alex. ab Alex. *lib.* 2. *dier. genial. cap.* 30. Hotmannus *lib.* 4. *obser. cap.* 1. Salmasius *lib. de mod. usur. cap.* 10. Post hæc scripta vidi latissimè de hoc tractantem Petrum Messia in suo libro variæ lectionis *lib.* 3. *cap.* 1. *&* 2. Is dicit, relictis variis opinionibus & celebrata utilitate modi scribendi, quòd literæ, seu characteres literarum fuerunt ante Moysem, & Abraham, & sic quòd fuerunt inventæ ab Adam, seu ab ejus filiis, vel nepotibus antè diluvium; & posteà

conservatæ à Noë usque ad tempora Abrahæ & Moysis, & sic sentire dicit D. Augustinus *lib.* 18. *de Civitate Dei*, quod comprobat ex authoritate Josephi *lib.* 1. *de antiquitatib. Judaicis*, ubi scribit, quod filii Seth post diluvium fecerunt duas columnas, unam lapidis, & alteram laterum, in quibus scripserunt & sculpserunt omnes artes, & affirmat ipse Josephus se unam in Syria vidisse. Secundô probatur, quia B. Judas Apost. scripsit Epistolam ad librum Enoch; Undè si Enoch librum scripsit, certum est, quod ejus tempore, quod fuit ante diluvium, literæ apud Mortales erant in usu: Quamvis dici potest, quod quando Deus Opt. Max. confudit linguas filiorum Cham, *Genes. cap.* 11. literæ aliquo modo fuerunt deperditæ, & posteà à variis secundùm varias Nationes fuerunt restauratæ.

39 Antiquis igitur temporibus, ùt dixi, homines in foliis palmarum scribebant, Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. undè descendit, quòd hodie folia librorum folia dicuntur, Petrus Messia *d. lib.* 3. *cap.* 2. Posteà Mortales scripserunt in corticibus Arborum, quæ faciliter ex Arboribus disgregabantur, quales erant Cortices Alami, Platani, Frassini & Ulmi, quæ Cortices artificialiter unitæ libros faciebant; ex quo descendit, quod quia tales Cortices latinè dicuntur liber, hodie ex eis ità libri nominantur. Deinde publicæ scripturæ scribebantur in foliis plumbeis, ut perpetuò durarent, ùt fecerunt Romani, qui leges 12. tab. in tabulis æreis scripserunt, dixi supra Differt. 1. ex n. 59. Scripserunt etiam Antiqui in linteis confectis ex coloribus, ubi scribebant non cum calamo, sed cum stylo Caricis. Posteà tractu temporis inventa fuit quædam arbor, seu juncus, quæ dicebatur papyrus, in paludibus Nili, ex quâ papy-

ro

ro disgregabantur quædam ſubtiles telæ, & cum farina bene trita, & aliis rebus conficiebatur papyrus, in quâ ſcribebatur, ut refert Petrus Meſſia *dicto lib.* 13. *cap.* 12. cujus rei inventor ignoratur; ſolùm Marcus Varro allegatus à Petro Meſſia *dicto cap.* 2. dicit, quòd hæc ſpecies papyri fuit inventa tempore Alexandri Magni, quando Civitas Alexandriæ fuit ædificata, licèt Plinius antiquiorem hanc papyrum judicet: Ex quô fluit, quòd hodie adhuc papyrus, quâ utimur, dicitur papyrus ab illa antiqua papyro; Charta non erat diverſa materia, in qua ſcribebatur, ſed folia ſupradictæ papyri, & libri ex illis foliis confecti dicebantur Charta, eò quia illa papyrus habuit principaliorem originem in quadam Civitate dicta Charta propè Urbem Tiri, ex qua Carthaginienſes deſcenderunt, ùt tradit Petrus Meſſia *d. cap.* 2. Poſteà Antiqui præcipuè Romani & etiam Hæbrei, ùt ſuprà dixi, ſcripſerunt in tabulis ligneis ceratis, in quibus ſcribebant cum ſtylis ferreis, undè dicitur, quod ille, qui bene ſcribit, habet bonum ſtylum; ſic refertur, quòd D. Caſſianus fuit à ſuis Diſcipulis tortus cum ſtylis ferreis, quibus ſcribebant. Antiqui etiam ante inventionem papyri ſcribebant pergameno, ſeu Membranis: Membranæ enim fiebant, & conficiebantur ex Coriis Ovium, Author eſt Herodotus *lib.* 2. allegatus à Petro Meſſia, ubi proximè uſus membranæ inventus fuit in Urbe Pergami regnante Eumenide, & ideò proceſſit, quòd membrana, Pergamenus dicatur; ſic Joſephus *lib.* 12. *antiquitat.* refert, quod ſummus Sacerdos Eleazar miſit libros Sacræ Scripturæ, & ſeptuaginta duos Interpretes Ptolemæo Regi Egypti, & quod Sacra Scriptura ſcripta erat in Coriis, ſeu Membranis. Tandem inventa fuit noſtra papyrus, quâ utimur, con-

feĉta ex panniculis lineis maccatis, & contuſis, quæ eſt facilior & aptior materia ad ſcribendum. Inventor hujus papyri fuit quidam Germanus, nomine, Joannes Cutenvirgius, in Civitate Moguntiæ, in qua fuit impreſſus primus liber, & hoc fuit ſecundùm Polydorum Virgilium anno à Nativitate Domini 1442.; & poſteà 1458. quidam Germanus, nomine Conradus: tulit hanc artem conficiendi papyrum in Italia, quæ omnia & alia refert dictus Petrus Meſſia *lib. 3. variæ lectionis cap. 2. per tot.*

40 Romani igitur tempore mediæ Jurisprudentiæ ante inventionem papyri ſcribebant in tabulis ligneis ceratis, & in eis conficiebant teſtamenta, ex quo uſu deſcenderunt varia nomina teſtamentorum, ſeu materia teſtamenti. Primò dicebatur teſtamentum, tabulæ teſtamenti: undè bonorum poſſeſſio contra teſtamentum dicitur bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. 1. & toto tit. ff. de bonor. poſ. ſecundùm tab.* §. 2. & 3. *Inſt. de bonor. poſ.* Secundò teſtamentum dicebatur lignum teſtamenti, undè bonor. poſſeſſio contra tabulas dicitur bonorum poſſeſſio contra lignum. *l. quod vulgo*, 19. *ff. de bon. poſſ. contra tabulas.* D. Joſephus Retes *de bonor. poſſ. contra tab. cap. 1. adverſariorum à n. 1.* Tertiò teſtamentum dicitur cera, id eſt prima cera, ſecunda cera; & ima cera per figuram ſinecdochen, ſumendo materiam pro re confecta. Sueton. *in Jul. Cæſar. dicitur Julium Cæſarem Quintum Pedium ex quadrante hæredem inſtituiſſe, reliquos in prima cera.* Juvenal. allegatus à Petro Gregorio *lib. 13. Sintagmat. cap. 23. n. 7.*

Nonnè libet medio ceras implere capaces
Quadrivio. - - - -

Horatius *lib. 2. Satyr 5.*

Sic

Sic tamen, ut limis rapias quid prima secundo
Cera velit versu.

Idem Juvenal. *Satyr.* 15.

- - - - *accipe ceram:*
Scribe puer. - - - - -

Cicero *Verrin.* 3. extremam ceram Codicis vocat ultimam partem testamenti. Tranquillus *in Jul. Cæsar.* primam ceram vocat inferiorem partem testamenti, Vinnius *in* §. *fin autem* 3. *Inst. de pupil. subst.*

Ex historia supradicta descendit interpretatio ad Justinianum in §. *nihil autem*, 12., *Inst. de testam.* ubi dicit Imperator, quòd testamentum potest scribi in tabulis ceratis, in chartis, & in membranis. Ulp. *in leg.* 1. *ff. de bonor. posses. secundùm tab.* Nàm quamvìs Romani solebant scribere in tabulis ligneis ceratis, tamen aliquoties etiam in chartis, & membranis scribebant. Vinnius in §. 3. *Inst. de pupill.* Salmas. in lib. *de mod. usura. cap.* 11. & sic receptum fuit apud Romanos, quod testamentum scribi posset sivè in tabulis, sivè in chartis, sivè in membranis, *l.* 1. *&* 4. *ff. de bon. possess. secundùm tabulas l.* 15. *Cod. de testam. d.* §. 12. *Inst. de testam.* Donellus *lib.* 6. *com. cap.* 7. D. Josesephus Retes *lib.* 2. *opusc. Sec.* 2. *cap.* 6. *n.* 3. Quinimò ùt ajt Consultus in leg. *librorum*, *ff. de legatis* 3. testamentum scriptum in ebore valuit; ratioque hujus §. 12. *Inst. de testament.*, ut tradit Mynsinger. ad d. tex. fuit propter favorem ultimæ voluntatis: Tantus enim ultimæ voluntatis est favor, ut nihil intersit, in qua materia testamentum scribatur. Nec contra Justinianum *in d.* §. 12. quidquam facies, si efformes hanc rationem dubitandi: Quod Prætor in dandis bonorum possessionibus solùm facit mentionem tabularum, & de testa- 41

mento

mento in tabulis ſcripto, *l.* 1. *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas*; ſed in teſtamento ſcriptò in chartis, ſeu membranis non dantur tabulæ ùt conſtat: Ergò ex eo teſtamento in chartis ſeu membranis ſcripto Prætor non dabat bonorum poſſeſſionem, & per conſequens tale teſtamentum tanquam nullum nec effectum aliquem parere poterat. Tollitur enim hæc ratio dubitandi, animadvertendo, quòd ideò Prætor in initio dandæ bonorum poſſeſſionis ſolùm de tabulis teſtamenti mentionem fecerit, *d. l.* 1. *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tab.* quoniam ſolùm eo tempore in tabulis ceratis teſtamenta ſcribebantur; ſed tamen poſtquàm propter favorem ultimarum voluntatum uſu receptum fuit, quòd teſtamenta in qualibet materia ſivè charta, ſive membrana ſcriberentur, extenſa fuit etiam bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ad hæc teſtamenta in chartis vel membranis ſcripta, quià Prætor nomine tabularum intelligebat quamlibet figuram materiæ, ſivè chartam, ſivè membranam, ſivè Corium Animalis, *l.* 1. *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tab.* Nec aliquid etiam replicare facit, quòd hæc bonorum poſſeſſio, quæ datur à Prætore in hoc teſtamento in chartis, vel membranis ſcripto, non dicitur bonorum poſſeſſio ſecundùm tab. cùm in tali teſtamento tabulæ non dentur: quià ſcimus, quòd Ethimologia imponitur vocabulis ex eo quod frequenter obſervatur, v. g. nuptiæ à nubendo, quià frequentiùs nova nupta velabatur. Mynſing. in §. *ſi ab hoſtibus Inſtit. quib. mod. jus pat. poteſt. ſolv. n.* 20. & ſic bonor. poſſeſſio ſecundùm tab. dicitur talis eò quia frequentius dabatur in teſtamento in tabulis ligneis ceratis ſcripto: Sicuti ex teſtamento nuncupativo Prætor dabat bonor. poſſeſſionem ſecundùm nuncupationem, *l.* 8. *§. ul. ff. de bonor. poſ-*

ſeſſ.

sess. secundùm tab. quamvis in testamento nuncupativo tabulæ non darentur, ùt supra numero 35.

Secundò dubitabis contrà supradictum §. 12. *inst. de testament.* quia Prætor in suo testamento requirebat septem testes, & signacula testium, & quòd septem testes testamentum subsignarent, §. 2. *Inst. de testament.* Sed testamentum scriptum in chartis & membranis non poterat signaculis subsignari, quia ubi non dantur tabulæ ceratæ, signaculum, seu annulus signatorius inprimi non potest: Ergò testamentum solùm in tabulis ceratis, non autem in chartis & membranis potest scribi. Respondetur huic difficili objectioni, quòd signacula seu signa testium non erant conjuncta cum tabulis testamenti, sed separata, taliter quòd testes in cera separata subsignabant annulo, & postea lino ter per foramina trajecto signacula appendebantur tabulis ex SC. Neroniano hoc disponente, sicuti videmus hodiè in Privilegiis, quòd signaculum per foramen appenditur, tradit Osuald. ad Donel. 6. *com. cap.* 8. *lit. b.* & de hoc posteà videbimus: Undè hoc modô & forma signandi supposita, nihil implicat, quòd in testamento in chartis, vel membranis scripto septem signacula testium cera impressa appendantur. 42

Nec tertiò facit contra *d.* §. 12. argumentum, quod aliqui adducere solent ex *leg. fin. Cod. de edict. D. Adrian. toll.* in illis verbis: *in prima figura*; ex quibus verbis: *in prima figura*, arguunt, quòd testamentum debet in tabulis ceratis, & non in alia materia scribi, cùm figura non possit esse impressa nisì in cera, seu tabulis ceratis; quia huic levi argumento respondet Acurs. *in glos. magna ad d. l. fin.* verbo: *figura*, quòd illa verba: *in prima figura*, intelliguntur in prima consistentia, seu in prima parte testamenti; Undè non sequi- 43

tur, quòd testamentum in qualibet materia, sive chartis, sive membranis scribi non possit.

44 Visâ & explicatâ materiâ, in qua olim testamenta scribebantur, cùm testes annulo testamenta subsignarent, non tibi displicebit aliqua notatu digna circa annulorum usum observare. Quis fuerit annulorum inventor, certò ex historiis sciri non potest: Macrobius *lib.* 7. & Poëtæ fingunt, quod quando Hercules liberavit Prometheum à Saxo Caucasi, Jupiter Prometheo jussit, quòd secum ferret ferreum annulum; sed tamen rejectâ hac fabula Petrus Messia *lib.* 4. *suæ sylvæ variæ lectionis cap.* 1. tenet, quòd annuli non fuerunt inventi ab uno homine solo, sed quòd multi homines in diversis locis & temporibus annulos invenerunt. In Sacra Scriptura *in cap.* 38. *Gen.* incipit sacer Legislator facere mentionem de annulis, quando Judas dedit Nurui suæ Thamar annulum & baculum; similiter *in cap.* 41. *Gen.* dicitur, quòd quando Pharaon constituit Joseph Locumtenentem in Regno suo, annulum ei dedit; *tulit annulum de manu sua, & dedit eum in manu ejus.* Annulus duplex apud antiquos erat, alius erat annulus signatorius,& alius erat añulus,qui ornatus causâ adducebatur, ùt hanc differentiâ facit Mynsinger. in §. *possunt autem*, 6. *Inst. de testament.* & deducitur ex l. *argu-*
45 *mento* §. *ornamento ff. de auro & argento legato.* Añulus,qui ornatus causa ferebatur, non habebat in se sculpturam, neque characterem, & à Romanis Legatis causa authoritatis dabatur; & quia posteà omnes Cives Romani annulis aureis utebantur, lata fuit lex apud Romanos, quòd soli Patritii & Equites aureos annulos gestarent in signum nobilitatis,& ut distinguerentur à Plebeis, & sic annuli illi dicebantur annuli equestres: In quo mirabile est id, quod Plutarchus in vita Annibalis, &

Titus

Titus Livius *lib. 33. decad. 3. cap.* 1. referunt, quod in
illo celebrato prælio Cannarum, quando Annibal Ro-
manos devicit, tanti Equites mortui fuerunt,
quòd ex mortuis misit Annibal Carthaginem tres
modios annulorum aureorum. Posteà in tantum
fuit auctus iste abusus aureorum annulorum,
quòd omnes ingenui ad differentiam libertinorum
aureos annulos ferebant, quòd aliquoties liber-
tinis etiam concedebatur, *l. pen. ff. de jur. annulor.*
aureor.; junge, quæ dixi, & authores, quos ci-
tavi *dissert.* 1. *n.* 152. Præter hos latissimè de hoc
tractat Petrus Messia *in sua sylva var. lection. l.* 4.
cap. 1. *&* 2. Isti erant annuli, qui causa ornatûs
adducebantur à mulieribus, & ab hominibus:
Sic legitur *cap.* 10. *Judith.*, quòd illa celebris vi-
dua Judith, quando contulit se ad occidendum
Holofernem, vestivit se optimis vestimentis, &
aureis annulis se ornavit: Sic vidimus *in cap.* 38.
Genes. quòd Judas annulum ornatûs causâ ferebat:
Quà de causa in nostra Hispania in Sponsalibus,
& Matrimoniis Sponsus aureum annulum dat fu-
turæ Sponsæ, tum ùt Sponsa ornata exeat, tum
in pignus & Arrham, quod effectum habebit Ma-
trimonium, Petrus Messia *in d. lib. 4. cap.* 2. qui
varia de his annulis ornatûs causa tractat. *cap.* 2. 46
& 1. ad quem te remitto: Annuli signatorii (qui
erant diversi ab annulis aureis ornatûs causâ fa-
ctis, cùm illi non essent semper aurei, sed ali-
quoties ferrei) erant annuli, in quibus dabatur
sculptura seu character ad signandum, seu signa-
culum imponendum, quorum annulorum usus
etiam antiquissimus fuit; antè enim quàm ædifi-
caretur Urbs Romana legitur in sacra pagina *cap.* 41.
Genes. quòd Pharaon Rex Ægypti dedit Joseph suo Lo-
cumtenenti annulum, quem intelligo signatorium:
Et legitur *in lib. 3. Reg. cap.* 21, quòd illa impia Je-

 zabel

zabel uxor Achab Regis Israël, ut lapidaretur Naboth Jezrahelita, scripsit literas nomine Regis Achab, & illas annulo ejus signavit, & *cap.* 6. Danielis refertur, quòd Daniel missus fuit in lacum leonum, & lapis positus super os lacus obsignatus fuit annulo Regis Darii, multósque Reges annulo signantes refert Petrus Messia *d. lib.* 4. *cap.* 2. Sic ille Poëta Anonymus allegatus à Petro Messia ubi proximè.

Agnosco manum, gemmámque fidelem.

Ex quo duo apud nos, & fere omnes Gentes descenderunt: Primum: Usus, quo privilegia à Regibus concessa signantur signaculo armorum Regis. Secundum: Usus signaculorum, quibus hodie epistolas seu chartas missivas signamus, ut cognoscamus, anteaquàm aperiantur, cujús sint. Vide alia apud Petrum Messia *d. lib.* 4. *cap.* 1. & 2.

47 Romani igitur tam Politici erant & Curiales, quòd omnes fere res signabant, chartas missivas, arcas, armaria, & alias res, refert Petrus Messia *d. lib.* 4. *cap.* 1. ut sic si furabantur, cognoscerentur cujus essent: Ex quâ Politica descendit, quòd Prætor voluit, quòd septem testes testamentum obsignarent. Obsignabant enim Romani non annulo ornatûs causa parato, sed alio annulô specialiter ad signandum parato, qui dicebatur annulus signatorius. Mynsinger. *in* §. 6. *Inst. de testam.* Macrobius *lib.* 7. *Sat. cap.* 13. Brissonius *lib. de adult. cap.* 4. Mercer. *lib.* 10. *opin. cap.* 8. Rævardus *lib.* 5. *Var. cap.* 16. Fr. Robertell. *lib.* 2. *emendat cap.* 17. Osualdus ad Donel. sibi contrarius *lib.* 16. *Com. cap.* 14. *lit. a.* Ratio duplex est, prima: quia annuli ornatûs causa parati ferè non habent sculpturam, & Caracterem, quod in cera imprimi possit, sed lapides pretiosos, & sic tali annulo

non

non potest obsignari. Secunda: quia cùm in principio Civitatis Romanæ soli Patricii annulos aureos ornatus causâ gestarent, ùt dixi supra n. 45. sequeretur, quòd soli Patricii, & Equites possent res suas subsignare, quod est contra antiquum morem Romanorum, de quo Petrus Messia *d. cap.* 1. Donellus 16. *Com. cap.* 14. & quòd soli Equites & nobiles possent esse testes in testamento, quod absurdum est; Unde nè supradicta admittamus, dicendum, quòd Romani non subsignabant annulo ornatus causâ, sed annulô signatorio.

48 In hoc annulo signatorio dabatur sculptura seu Character cognoscibilis, qui in cera imprimi posset, ùt deducimus ex Justiniano in §. *possunt autem* 5. *Inst. de testam.* ibi: *quid enim si septem annuli una sculptura fuerint*, in quo quidem annulo sculpebantur arma illius familiæ, cujus erat ille, qui annulum ferebat, sicut hodie in signaculis, quibus Chartæ missivæ, seu epistolæ signantur, Arnoldus Vinnius in §. *possunt* 5. *Inst. de testament.* n. 2. cujus quidem ratio erat, quia cùm arma familiæ cognoscantur ab omnibus, omnes fere Cives Romani cognoscebant cujus esset illud signum. Secunda ratio fuit, quia cùm annulus in digitis gestetur, cognoscitur Character, seù sculptura annuli ab amicis, & sic faciliùs signum cognosci potest, & expeditior erat probatio, ùt tradit Osuald. ad Donel. *lib.* 6. *com. c.* 8. *lit. b.*

49 Ex quibus supradictis jam descendit ratio, propter quam Prætor in suo Prætorio testamento voluit, quod septem testes in eo adhibiti signarent annulis signatoriis testamentum; & erat dicta ratio, quia cùm memoria hominum labilis sit, quando testamenta aperiebantur, si forté testes jam obliti erant, se tale testamentum subsignâsse, recognoscendo signa ab eis apposita, & annulo-

rum signacula, statim recordabantur, & dicebant se uti testes intervenisse in illo testamento. Secundò: quia cùm sculptura, arma & Caracter annuli nota sint multis, & præcipuè amicis illorum, qui annulos gestabant, si fortè moriebatur aliquis testis ante aperturam tabularum, cognoscebatur illud signum annuli ab amicis, & propinquis signantis, & sic ut faciliùs signum recognosci posset, & expeditior esset probatio, signabant testes testamentum annulo, Vinnius *in* §. *possunt* 5. *Inst. de testam. n.* 2. & 3. Joann Dauth. *ad l.* 22. *ff. de testam. n.* 12. Robert. *lib.* 1. *recept. Sent. cap.* 21. Charond. *lib.* 2. *verosimil. cap.* 10. Osuald. ad Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 8. *lit. b.* Clarior autem ratio propter quam Prætor voluit, quòd in testamento septem signa testium apponerentur, fuit, quia cùm hoc tempore Prætorio adhuc testes non subscriberent se testamento, §. 3. *Inst. de testam,* aliquid requirebatur, ut certò sciretur septem testes in testamento intervenisse, aliàs multæ in hoc fraudes fieri possent; quare nil meliùs putavit Prætor, nisi constituendo, quòd in suo testamento Prætorio testes sua signa apponerent; ratio autem, cur adm issũ fuit, quòd hæc signa seù signacula testium annulis signatoriis fierent, fuit ad expeditiorem probationem, & ut signum faciliùs cognosci posset.

50 Deveniamus jam ad modum & formam, quibus signacula testium in testamentis adhibebantur seù apponebantur. Fateor rem esse confusam, parúmque hoc Authores explicâsse: Lucẽ dedit Osuald. ad Donel. *lib.* 16. *com. cap.* 14. *lit. a.* dum explicat modum & formam, quibus Romani res obsignabant, & talis modus obsignandi testamentum fiebat hoc modo, quòd postquàm testator in tabulis scripserat suam ultimam voluntatem, & elogium absque eo, quod legeretur, *arg. ex* §. 4. *Instit.*

de

de testam. nec testibus declararetur, veniebant testes, & in cera seorsim separata à tabulis testamenti signacula sua annulorum apponebant, & foramine facto pro quolibet signaculo in tabulis ceratis testamenti, linóque per foramen trajecto signacula tabulis testamenti ligabantur, & appendebantur, sicut hodie videmus in signaculis Privilegiorum. Osualdus *d. cap.* 14. *lit. a.* alios allegans. Quod demonstratur hac evidenti ratione, quia testamenta aperiebantur hoc modo; quod anteaquàm apud Prætorem vel alium Magistratum tabulæ testamenti aperirentur, septem testes recognoscebant sua signa; & si quis negabat sigillum suum agnoscere, non solùm tabulæ non aperiebantur, sed etiam pro suspectis habebantur, formalis text. *in leg.* 1. §. *si quis* 1. *ff. quemad. testam. aperiantur*, quod hoc modo fieri non poterat, nisi signacula testium essent separata, & extra tabulas testamenti: Undè clarè infertur, quòd signasceptem testium in cera seorsim à tabulis impressa trajectô lino per foramen tabularum tabulis ligabantur, & appendebantur. Taliter quòd circa hoc factum fuit Senatus Consultum vocatum Neronianum, quô dispositum fuit, quòd testes ter linum, quo signacula appendebantur, per foramen trajicerent *l.* 1. §. *penultimo & ultimo ff. de bon. poss. secundùm tabulas.* Paulus *lib.* 5. *Sentent. cap.* 25. §. 8. Suetonius *in Nerone cap.* 17. Osualdus ad Donel. *lib.* 6. *cap.* 8. *lit. b.* Et non solùm signacula ligabantur, sed etiam ipsæ tabulæ testamenti lino ligabantur, & complicabantur, §. *sin autem* 3. *Inst. de pupillari.* Vinnius *in d.* §. 3. *l. Aurelius* 29. §. 1. *ff. de liberatione legata.* Alciatus *lib.* 4. *Paradox. cap.* 6. 51

Contrà hæc signacula septem testium requisita à Prætore, & modum signandi, illud objici potest, quòd si septem testium signa in testamen- 52

to

to Prætorio requirerentur, sequeretur, quòd mortuô unô ex testibus anteaquàm tabulæ testamenti aperirentur, testamentum concideret, & vitiaretur, cùm ille testis mortuus non posset sigillum suum recognoscere; sed non est dicendum, testamentum per mortem unius testis ante aperturas tabularum concidere, & vitiari; sic enim multa testamenta non habuissent effectum, cùm frequens & contingens esset, mori unum ex testibus anteaquàm tabulæ testamenti aperirentur: Ergò inutilis fuit illa dispositio testamenti Prætorij. Occasione hujus rationis dubitandi Bald. in *l. 2. ff. quemad. test. aperiantur*, tenuit, quòd mortuô unô ex testibus antè apertas tabulas, testamentum concidebat; quæ sententia nullatenus est admittenda, ut eam rejicit Viglius *in §. sed cùm 7. Inst. de testament.* Secunda difficultas esse videtur, quòd etiam ex supradicta dispositione testamenti Prætorij sequeretur, quòd si fortè deficeret una obsignatio testium, propterea quia linum, quô ligabatur, concisum esset, testamentum non valeret; cùm Prætor de solemnitate requirat septem testium obsignationes, §. 2. *Inst. de testament.* quod non est dicendum, quia multùm contingens est, & frequens, quòd unum linum ex septem concidatur. Quibus rationibus dubitandi respondebis faciliter; & primæ quidem ex doctrina Arnoldi Vinnij in §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* Donelli ad *l. si unus* 12. *C. de testament.* dicendo, quòd cùm inspectio sigillorum & recognitio non spectet ad aliquam formalem testamenti solemnitatem, sed ad probationem duntaxat voluntatis defuncti ex regula *l. vel negare* 5. *ff. quemad. test. aperiantur*; & sic quando aliquis ex testibus mortuus erat tempore aperturæ tabularum, non per hoc concidebat testamentum; sed vocaban-

tur

tur amici testis defuncti, & recognoscebant signaturam annuli, quâ recognitâ, & approbatâ, tabulæ testamenti aperiebantur. Difficilior est secunda ratio dubitandi; ei tamen satisfacit Hugo Donel. ad *d. l. si unus* 12. *C. de testament.* dicendo: quòd non solùm quando omnia solemnia desunt in testamento, testamentum concidit & est nullum, sed etiam quando aliquid minimum ex solemnibus deficit; undè cùm obsignationes testium sint de solemnibus testamenti Prætorii, *d.* §. 2. *Inst. de testament.* conciso & deficiente uno signaculo testium, testamentum deficit. Vel si mavis defendere, testamentum in quo erat concisum linum unius signaculi testis valere, dic, & solve rationem dubitandi, dicendo, quòd quamvìs obsignatio trajecto lino sit de substantiali solemnitate testamenti, tamen quia multa ex postfacto sustinentur, quæ ab initio non valerent, *l. Patre furioso*, 8. *ff. de orig. jur. cap. ad Apostolicam, de regulis Jur. cap. quemadmodum*, §. *alioquin, de jurejur.* Barbos. *axiomat.* 93. *n.* 30. *Thusc. tom.* 3. *lit. f. Concl.* 12. Fontanel. *decis.* 299. *n.* 7. *tom.* 1. valebat apud Romanos testamentum, in quo linum unius obsignationis incisum erat.

Quibus igitur rationibus dubitandi nihil obstantibus, benè Prætor constituit, quòd septem testes, & septem testium signacula in suo testamento intervenirent, & apponerentur: quòd de Jure Divino comprobatur, quia in *cap.* 5. *Apocalips. in prin.* ille liber quem viderat D. Joannes Apost. quo libro testamentum novum denotatur, erat signatum septem sigillis: ibi: *& vidi in dextera sedentis suprà thronum librum scriptum intus, & foris signatum sigillis septem*: Undè benè Prætor constituit, quod in suo testamento Prætorio septem signacula testium apponerentur. 53

54 Ex supradictis de testamento Prætorio multæ quæstiones oriuntur: Et prima quæstio est, utrùm testes de jure antiquo Romanorum deberent signare testamentum annulò solùm, an verò possent testamentum obsignare alio quolibet instrumento signatorio quadrato, & non orbiculari? In qua quæstione variè dispersi sunt AA. Cujac. *lib.* 18. *obs. cap.* 11. Duaren. *ad tit. de testam. cap.* 5. Viglius in §. *possunt* 5. *Inst. de testament.* Daud. ad *l.* 22. *ff. de testam. n.* 12. Robert. *lib.* 1. *recept. lection. cap.* 21. Charond. *lib.* 1. *verosimil. cap.* 10., in quam sententiam videtur descendere Osuald. ad Dônel. *lib.* 6. *com. cap.* 8. *lit. b*, tenent, quòd testes annulo solùm testamentum signare debebant: Baro, Hotmann. Wesembech. *in* §. *possunt* 5. *Inst. de testament.* Donel. 6. *com. cap.* 8. D. Salmasius *lib. de mod. usur. cap.* 10. *pag.* 456. Connan. *l.* 9. *comm. cap.* 2. Hotmannus *lib.* 1. *obs. cap.* 21. ridiculum contrarium putant: Bosser. *lib.* 1. *de jur. belli cap.* 25. Vinnius *in d.* §. *possunt*, 5. *Inst. de testament.* contrarium tenent, scilicet non solùm annulo, sed etiam alio instrumento signatorio testes testamentum signare potuisse; quæ sententia mihi probabilior videtur, & admittenda sequentibus rationibus: Prima, quia edictum Prætoris *in* §. 3. *Inst. de testament.* & Constitutio Impp. *in* l. 21. C. *eod.* annulum non requirunt, nec de annulo ullum verbum faciunt. Secunda: quia *in l. ad testium* 22. §. *signum*, *penult. ff. de testament.* ponit Consult. hæc verba: *Variè enim homines signant*, quibus verbis denotatur, quòd subsignatio & annulo & alio instrumento signatorio fieri potest. Tertiò, quia in *l.* 22. §. *penult.* subdit Consult. hæc verba: *Dum tamen habeat Caracteres*, quæ verba cùm sint exceptio, & *Caracteres*, sit in numero plurali, denotant varietatem instrumentorum ad signandum. Quar-

tò : quia si Character impressum est, parùm interest, quòd instrumentum sit rotundum, quadratum vel triangulum. Quintô: quia quomodo impresso jam Charactere posteà cognoscetur, an annulo, an verò alio instrumento signatorio signatum sit? Sextò quia cùm sculptura seu Character sit forma signandi, figura orbicularis, vel quadrata materia sit, & accidens, nihil interest, an annulo vel alio instrumento signatorio signatum sit. Non deficiunt tamen Authoribus contrariæ opinionis validissima argumenta. Primò fundantur in Capitali tex. *leg. ad testium* 22. §. *signum pen. ff. de testam.* ubi Consultus dicit: obtinuisse sententiam, quôd tantùm annulo liceat signare testamentum, ibi: *Et magìs est, ùt tantùm annulo quis possit signare.* Cui legi tres nostræ opinionis Authores applicant solutiones: Quidam ùt, Baro, Hotmannus, Wessembechius ad §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* Donellus 6. *Com. cap.* 8. corrigunt textum dictæ leg. 22. §. pen. & legunt: *& magìs est, ut non tantùm annulò quis possit signare*, quod inferunt, quià aliàs nullum sensum haberent illa verba sequentia, *dum tamen habeat Caracteres*: lectionémque hanc esse improbabilem dicunt Vultejus in §. *possunt* 5. *Inst. de testam. n.* 35. Everardus Broncorst. *lib.* 2. *Miscel. cap.* 16. & sic legunt Bartolus & Joannes de Platea *in d.* §. 5. *l.* 22. *ff. de testam.* Alij, ùt Connanus *lib.* 9. *Com. cap.* 2. *n.* 3. & Broncorst. *d. cap.* 16. respondent, quòd Ulpianus *in d. leg.* 22. §. *pen. ff. de testam.* loquitur de illo, qui habet duo signa diversa, unum in annulo, & aliud in alio instrumento signatorio, & quòd iste debet annulo signare, quia Character annuli notior est, sequuntur Bocer. *lib.* 1. *de jur. belli cap.* 15. Arumæus *exerc. Justin. lib.* 7. *thes.* 17. & alij, quos citat Osualdus 6. *Com. cap.* 8. *lit. b.* Vinnius in §. *possunt* 5. *Inst. de testam. in fine.*

 Tan-

Tandem Arnoldus Vinnius ubi proximè dicit, quòd Ulpianus in *d. l.* 22. §. *pen.* annuli appellatione & dum de annulo mentionem facit, non intelligitur de annulo materialiter pro figura orbiculari, & rotunda, ſed de annulo pro formali, id eſt pro Caractere, ſeu ſculptura, quæ imprimitur: ex his igitur ſolutionibus elige. Secundò objiciunt, quòd cùm annulus, qui in digitis geſtari ſolebat, notior ſit amicis ſignantis, ad majorem & faciliorem probationem admiſſum fuit apud Romanos, quòd annulo ſolùm teſtamentum ſignaretur. Reſpondet Vinnius *in d.* §. 5. quòd hæc ratio nihil facit, cùm poſſit quis annulo alieno ſignare, qui non erit notior amicis ſignantis, §. 5. *Inſt. de teſtament.* Tùm quià cùm in aliis inſtrumentis ſignatoriis, ùt hodie facimus, imprimerentur & ſculperentur arma familiæ illius, qui ſignabat, jam ſignum cognoſcebatur ab amicis. Tertiò objicit, & fundat ſe Cujacius contrariæ opinionis Anteſignanus *lib.* 14. *obſ. cap.* 11. in antiqua ſcrupuloſa teſtandi ſolemnitate; quæ ratio non tanti eſt, quòd non poſſet quis alio inſtrumento ſignatorio ſignare, cùm ſignando quolibet inſtrumento ſatisfieret huic ſcrupuloſitati ſignandi. Quartò, ego mihi objicio textum *in* §. *poſſunt* 5. *Inſt. de teſtament.* ubi Juſtinian. verba faciens de modis, quibus teſtes poſſunt ſignare teſtamentum, loquitur de annulo, & non de alio inſtrumento ſignatorio, quod ſignum eſt, annulis tantùm licuiſſe ſignare. Diſſolvit objectionem Vinnius *in* §. 5. dicendo quòd ideò Juſtinianus *in d.* §. 5. loquens de ſignis teſtium, facit mentionem de annulo, & non de alio inſtrumento ſignatorio, eò quia frequentiùs annulis Romani Veteres ſignabant, ex quo ſumpta fuit occaſio à frequenter accidentibus, quòd Imperator de annulo ſolùm mentionem faciat.

Secun-

Secunda quæstio, quæ ab Authoribus suscitatur, in præsenti est, utrùm testis possit testamentum subsignare annulo alieno, an verò debeat annulo suo proprio obsignare? Quam quæstionem jam decisam adduxit Imperator Justin. in §. *possunt autem*, 5. *Inst. de testam.* ubi in fine dicit, quòd alieno annulo potest testis aliquis signare testamentum. Idem decidit Ulpianus in leg. *sed testium* 22. §. 2. *ff. de testam.* ubi dicit Consultus, quòd potest quis signare testamentum annulo testatoris, ac si alienô annulô signâsset. Donellus in *l. hac Consultissima* 21. *Cod. de testam.* Ratio autem hujus decisionis est, quia Prætor in suo edicto non signa testium, sed obsignationem requirit, ùt cùm opus sit, testes signum recognoscentes se id apposuisse testificentur, Vinnius in d. §. *possunt*, 5. *Inst. de testam.* Sed in casu quo testis annulo alieno signat, licèt non detur signum illius testis, datur tamen illius obsignatio: Ergò potest quis annulo alieno testamentum signare. Secunda: quia dummodò testamentum esset septem signis signatum, jam satisfiebat edicto Prætoris, & rationi cur Prætor voluit, quòd signa testium apponerentur in testamento, & quòd annulus seu signum testis esset alienum, hoc parùm intererat ad fraudes obviandas. Jure etiam Codicis cauta fuit hæc dispositio, & constitutio in leg. *si unus* 12. *Cod. de testam.* ubi Diocletian. & Maximin. validum putant testamentum, in quo testes suo, vel alienô annulô signaverint. Undè cùm hæc quæstio tantis juribus decisa sit, nullâ alia probatione indiget, solùm autem difficultates, quæ fieri possunt, dissolvamus. 55

Et prima erit, quià cùm memoria hominum labilis sit, *l. peregrè* 44. *ff. de adquir. possess. l.* 2. §. *sed & si quid*, *Cod. de vet. jure enucleando.* Vinnius in 56

d. §. *possunt Inst. de testam.* pluribus Langius *in Polyanthea* verbo *Memoria*, & apertis mortuô testatore tabulis, testes sua sigilla agnoscere debent, *l.* 4. *l.* 5. *ff. quemad. testam. aperiantur*, facile ille, qui alieno annulo testamentum signavit, potest vacillare, & dubitare, an signum apposuerit, & sic negare se signâsse, per quod corrueret testamentum, *l.* 1. §. 1. *ff. quemadm. testam. aperiantur.* Occasione hujus rationis dub. communis Authorum admisit sententiam Durandi, quòd quando aliquis annulo alieno testamentum signat, debet subscribere, & notare in testamenti calce, se alieno signaculo & annulo subsignâsse, ut sic quando tabulæ aperientur, recordetur se signaculum iu dicto testamento apposuisse, quam sequuntur Joannes Fab. Mynsing. Viglius, & Vinnius in d. §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* Speculator *in tit. de probat.* §. *videndum*: cæterum isti AA. tenent, quòd si testis omiserit subscribere in testamento, se annulo alieno signâsse, nihilominùs testamentum valet, & non subvertitur, cùm simpliciter loquantur leges suprà n. 55. citatæ; & si hoc voluissent, utique expressissent; quâ opinione admissâ nihil facit prædicta ratio dub. Aliter responderi potest cum Donello ad *l. hac consultissima*, 21. *C. de testam.* quod insinuavit Vinn. *in d.* §. 5. supponendo, quòd textus *in d.* §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* intelligitur & procedit attenta Constitutione Imperatorum *in l.* 21. *C. de testam.* & §. *sed cùm paulatim* 3. *Inst. eodem*, quâ constituitur, quòd testes subscribant se in testamento, & evidenter demonstratur ex locatione §. §., *quia* §. *possunt* 5. est locatus in tit. de testam. post constitutionem §. 3.; quô supposito dicit Donel. quòd cùm singuli testes subscribant, cujus testamentum signaverint, & singulorum subscriptio singulis signaculis testium subjiciatur, quamvis

vis unus ex teſtibus annulo alieno ſignaverit, jam poteſt cognoſcere ſuam ſubſcr ptionem, vel eô mortuo poteſt ſubſcriptio ab amicis verificari. Secundò difficultatem facit Lex Cornel. de falſis, 57
qua, pœna Capitali punitur ille, qui ſignum adulterinum fecerit, vel alieno ſigno uſus fuerit, §. *Item. lex Cornelia 7. Inſt. de public. judiciis, l. eos, §. fin. ff. ad L. Cornel. de falſ.* ſed ille teſtis, qui annulo alieno ſignat teſtamentum, ſigno alieno utitur, & ſignum adulterinum facit. Ergò puniendus erat pœna Capitali deportationis per leg. Cornel. de falſis, & ſic non poterat quis olim annulo alieno ſignare. Reſpondetur huic objectioni primò: quòd non poteſt quis ſigno alieno uti, lege, vel jure non permittente; tamen quoties jus vel lex hoc permittit, poteſt quis uti ſigno alieno, & non incidit in pœnam legis Corneliæ de falſis, quià quod jure permittente fit, nullam pœnam meretur, *l. Graccus 4. Cod. ad l. Juliam de adulteriis.* & cùm lex ſeu jus jam permitteret, quòd teſtis poſſet annulo alieno teſtamentum ſignare, non incidebat in pœnam legis Cornel. de falſis; ſic Vinnius *in d.* §. 5. *Inſt. de teſtam.* Secundò reſpondetur quòd dictus §. *item 7. Inſtit. de publ. judic.* & *l. eos* §. *in fin. ff. ad l. Cornel. de falſis* loquuntur & intelliguntur de perſonis publicis, qui ex officio ſigilla inſtrumentis apponunt, v. g. Notariis: nos autem in d. §. *poſſunt* 5. loquimur de perſonis privatis, qui ſunt teſtes teſtamenti.

Sed tertiò dubium moveri poteſt ex eo, quia 58
Notarius publicus non poteſt alieno ſigno, ſeu alterius Notarij ſignaculo inſtrumentum claudere, aliàs incideret in crimen falſi, & ſic communis conſuetudo eſt in Cathalonia inter Notarios, quòd quilibet Notarius habet ſuum ſignum diverſum ab aliis Notariis (quid ſit crimen falſi, & de ejus pœna

pœna latissimè Prosperus Farinac. in integro tractatu de falsit. plura noster D. Ludovicus à Paguera *decis.* 80. *per tot.*) ergò pariter testis, qui alieno signo signat testamentum, incidit in pœnam falsi, sicut Notarius, qui alterius Notarij signo testamentum aliquod signaret. Satisfacit obectioni Arnold. Vinnius in *d.* §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* quòd ratio differentiæ inter Notarios, & testes testamenti hæc est, quòd Notarius est publica persona, ejusque officium publicum est, pluribus citatis D. Franciscus de Amaya *in Comment. ad l. si quis* 34. *Cod. de Decurion. a n.* 1. & instrumentum essentiam suam sumat à signo tabellionis, & ab ejus subscriptione, D. Franc. de Amaya plures de tabellionibus laudes referens ad *d. l.* 34. *C. de Decurion. n.* 6. *& seqq.*, hac de causa authoritatis & fidei publicæ causâ constitutum fuit, ut quilibet Notarius suum proprium sigillum in instrumentis apponat, ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possit. *Novell.* 73. *cap.* 3. Vinnius *in d.* §. 5. *Inst. de testam.* quæ ratio cùm non militet in testibus testamenti, qui sunt privatæ personæ, & non signant ex officio, benè possunt testes alienô annulo testamentum signare.

59 Quarta difficultas est, quia ideò Prætor voluit, quòd testes annulo signarent testamentum, quia cum aunulus in digitis gestari soleat, Character annuli notior est amicis, & sic tempore aperturæ tabularum signum faciliùs recognosci potest, & facilior est probatio, Vinnius *in d.* §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* Osualdus ad Donel. *lib.* 6. *cap.* 8. *lit.* C.; sed in casu, quo quis signaret testamentum annulo alieno, Character illius annuli non esset notior amicis, & sic non posset faciliter probari: Ergò nec potest quis annulo alieno testamentum signare. Duo pro hac difficultate dissol-

solvendam mihi occurrunt: Primum, quod admissa (quæ admitti debet) sententia Durandi, quod ille, qui alieno annulo signat testamentum, debet subscribere se alieno annulo testamentum signâsse, ut dixi suprà, n. 56., jam cessat supradictum inconveniens, quia cùm jam notatum sit, alienô annulo signatum esse, non debet signum recognosci ab amicis testis signantis jam mortui. Secundum: quòd cum tex. in *d. §. possunt 5. Inst. de testam.* intelligatur post §. 3. & suppositâ novâ constitutione in *d.* §. 3. *& l.* 21. *Cod. de testam.* quâ constitutum fuit, quod testes non solùm testamentum signarent, sed etiam subscriberent, *l.* 22. §. *si quis* 4. *ff. de testam.* de quo suprà n. 56. cùm in unoquoque testis signo detur Ipsius testis subscriptio, testésque subscribant cujus testamentum signaverint, Donel. ad *l.* 21. *Cod. de testam.*, non requiritur, quòd signum ab amicis recognoscatur, sicut solo jure Prætorio ante dictam Constitutionem; & sic bene potest quis testamentum annulo alieno signare.

Sed ratio dubitandi augetur ex eo, quia ideò diximus, quòd potest quis annulo alieno testamentum signare, quoniã Prætor in suo edicto non petit signa testium, sed obsignationem; & quando aliquis alieno annulo signat, licèt non detur proprium illius testis signum, datur tamen propria illius obsignatio, ut dixi suprà n. 55.; sed hæc ratio in totum falsissima est, quod demonstratur *ex* §. *sed* 3. *Inst. de testam.* ubi Prætoris edictum, non testium obsignationes, sed testium signa requirit, ibi: *Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: Cùm Jure Civili signa testium non essent necessaria*; & *in leg.* 21. *Cod. de testam. idem* dicitur, ibi: *Finem autem testamenti subscriptiones, & signacula testium esse decernimus*: Ergò 60

Ee non

non poteſt teſtis aliquis teſtamentum alieno annulo ſubſignare; Difficilis eſt objectio, neque ab Authoribus tractata, non deſpero tamen de ſolutione; Reſpondeo enim, quòd in §. 3. *Inſt. de teſtamentis*, & *in leg.* 21. *Cod. eod.* verba: *ſigna teſtium, & ſignacula teſtium*, ſumuntur pro obſignationibus, ac ſi dixiſſent Impp. *obſignationes teſtium*, & hoc per Figuram Synecdochen, quâ cauſa ſumitur pro effectu: Signum enim cauſa inſtrumentalis eſt obſignationis; Neque eſt novum, quòd Imperator Juſtinianus in ſuis Elementorum libris Rhetorico & figurato modo loquendi utatur: Nam in primo Inſtitutionum textu *in prin. tit. Inſt. de Juſtit. & Jur.* dum definit Juſtitiam: *Conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi*, ſumit voluntatem pro habitu voluntatis per figuram Synecdochen, ſeu Methonymiam, ùt vult Vinnius in dicto prin. *tit. Inſt. de Juſtit. & Jure.* Idem Juſtinianus in §. 2. *Inſt. quib. mod. re contrah. obligatio*: in illis verbis: *Sanè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare tenetur*, utitur figura Methonymia, ſeu Enallage, ſumendo nomen poſitivum pro ſuperlativo, id eſt: *exactam diligentiam*, pro exactiſſima diligentia, quam Commodatarius præſtare tenetur, pluribus Vinnius *in d.* §. 2. *Inſt. quib. mod. re contrah. obligatio n.* 13.

61 Sextò, quòd poſſit quis annulo alieno teſtamentum ſignare, refragari videtur textus *in leg. ſingulos*, 30. *ſeu pen. ff. de teſtament.* & *qui teſtamenta facere poſſunt*, in quo tex. dicit Conſultus: quòd quilibet teſtis debet proprio chyrographo teſtamentum annotare. Ergò non poteſt quis annulo alieno teſtamentum ſignare. Reſpondetur autem, quòd Conſultus *in d. l.* 30. *ff. de teſtament.* loquitur de ſubſcriptione teſtium, quòd ſcilicet quilibet teſtis debet ſuâ propria manu ſe in teſtamento ſubſcribere: Chyrographus enim firmam ſeu

ſeu ſubſcriptionem alicujus ſignificat, non autem loquitur de obſignatione teſtium. Sed adhuc remanet dubium, quia teſtis debet ſuo proprio Chirographo teſtamentum ſubſcribere: Ergò etiam teſtis debet ſuo proprio ſigno ſeu annulo teſtamentum ſignare; nàm ſicuti in teſtamento mixto requiritur ſubſignatio teſtium, ità etiam ſubſcriptio, *§. ſed cum 3. Inſt. de teſtam.*; Verum reſpondetur, quòd ideò à Romanis admiſſum eſt, quòd poſſet quis annulo alienô ſignare teſtamentum, quia quamvìs Romani ſinguli haberent proprios annulos, contingens tamen erat, quòd teſtis adhibendus ad manum non haberet annulum oblitus illius domi, & nè prolongaretur forſan ultima moribundi diſpoſitio, diſpenſatum fuit à Jurisprudentia Romana, quòd poſſet ille teſtis annulo alieno ſignare; quæ ratio non militat in ſubſcriptione, quia ſemper quis habet ſecum manum, & poteſtatem ſubſcribendi; & ſic debebat proprio ſe chirographo ſubſcribere, *d. l. 30. ff. de teſtam.* Undè hæc Juris diſpoſitio, quòd poſſet teſtis annulo alienô ſignare teſtamentum, non ſolùm procedebat in illo, qui annulum proprium non habebat, ſed etiam in illo, qui annulum ſuum proprium habebat, ſed tamen quia obliti multoties Romani annulos ad manum non habebant, nè per hoc procraſtinaretur ultimum teſtantis elogium, decederétque quis inteſtatus, quod ſemper apud Romanos ignominioſum viſum fuit, *§. 1. Inſt. quib. ex cauſis manumittere non licet*, admiſſum fuit, quod talis poſſet alieno annulo & ſignaculo ſignare, Joachimus Mynſinger. *in d. §. poſſunt. 5. Inſt. de teſtam. n. 5.*

Viſâ ſuprà ventilatâ quæſtione & deciſâ, quòd poſſit unus teſtis ſignare teſtamentum añulo alieno vel ipſius teſtatoris, vel unius ex teſtibus, 62

vel alterius tertij, intrat discutienda alia quæstio: Utrùm omnes septem testes possint signare testamentum unô, & eodem annulo, qui sit vel testatoris, vel unius ex testibus, vel cujusdam tertii? In quâ quæstione habemus firmum lapidem apud Justinianum in §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* ubi decidit Justin., quòd possunt omnes testes uno & eodem annulo testamentum signare. Quæ decisio in nulla alia Corporis Juris parte invenitur, nisi in d. §. *possunt* 5. *Inst. de testam.* Probat Justinianus suam decisionem in illis verbis: *Quid enim si 7. annuli unâ sculpturâ fuerint, secundùm quod Papiniano visum est?* Quæ verba, cùm interrogativè ponantur, nihil decidunt; sed pro eis dilucidandis sciendum est, quòd Justinianus in illo Versiculo: *Quid enim &c.* supponit fuisse antiquam apud Prudentes controversam quæstionem, utrùm si septem testes, qui habebant unam & eandem sculpturam in añulis, signaverint testamentum alicujus testatoris, an tale testamentum valeret? Quæ quæstio disputanda in foro Romano usufrequenter eveniebat: Nam cùm essent tam extensæ familiæ Romanæ, ità ut multæ essent domus ejusdem familiæ, & agnationis v. g. familiæ Metellorum, Catonum, Scipionum, & in annulis apponerentur, & sculperentur arma & insignia familiæ, & agnationis, eveniebat multoties, quòd septem testes ejusdem familiæ, & agnationis congregati erant in una domo causâ signandi testamentum, Arnoldus Vinnius *in d. §. possunt 5. Inst. de testam.* Quamvis enim olim primis Urbis temporibus nomen domini apponebatur in circumferentia annuli signatorij, posteà nè hoc ampliùs fieret visum fuit Politicæ Romanæ, Vinnius ubi proximè. In qua usu frequenti quæstione variæ fuerunt opiniones, & disputationes Prudentum in foro, usque dum Papiniano visum fuit,

fuit, & ejus sententia obtinuit, quòd possent illi septé testes, qui eadem insignia & sculpturá in annulis habebant, testamentum signare, & quod testamentum valeret. Hócque infertur ex illa particula: *Visum:* in d. §. *possunt* 5. Nam hæc verba: *obtinuit, placuit, visum fuit*, & similia denotant post agitatam disputationem sententiam alicujus Juris-Consulti prævaluisse, *l. vetus* 68. *ff. de Usufruct. l. quæro* 32. §. *fin. ff. de testament. tutela, l.* 4. *ff. de liber. & posthum, l. pen. de leg.* 1. *l.* 3. *ff. de Condit. & demonstr.* Merillius *lib.* 1. *obs. cap.* 1. *& seqq.* D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 15. *n.* 25. ego suprà dissert. 1., a n. 74. De hac sententia Papiniani nullum textum habemus in Corpore Juris mentionem facientem, quem ego saltèm invenire possem, solùm Justiniano in fide Magistri in d. §. *possunt* 5. credendum est. Hac suppositâPapiniani sententiâ sic Justinianus in illo confuso Versiculo: *Quid enim &c.* efformat rationem decidendi: Idem est pro formali, & quantum ad formam, quòd omnes testes signent unô & eodem annulo, quàm quòd septem testes signent 7. annulis diversis eandem sculpturam & Characterem habentibus; quia septem diversi annuli eandem sculpturam, Characterem & insignia habentes, quamvis materialiter, seù quoad materiam sint septem numero distincti; tamen pro formali, seu quoad formam Characteris, & sculpturæ sunt unus, & idem annulus: Sed in sententia Papiniani (quæ obtinuit) si septem testes habentes septem annulos cum eâdem sculpturâ, & Charactere signaverint testamentum, testamentum validum est: Ergò pariter si omnes septem testes unô & eodem annulo testamentum signaverint, validum erit testamentum. Secunda ratio decidendi extrà textum, quæ fuit Vinnij *in d.* §. *possunt* 5. est, quia edictum Prætoris *in d.* §. 2.

Inst. de testam. signa testium requirens, & Constitutio testamenti mixti in *leg. hac Consultissima*, 21. *Cod. de testamentis* non petunt septem varia signa testium, sed septem testium obsignationes: Vinnius ubi suprà; Sed quando omnes septem testes uno & eodem annulo signant, quamvis non dentur septem varia testium signa, dantur tamen septem testium obsignationes, sicque satisfit legi, & edicto Prætoris: Ergò omnes septem testes possunt unô & eodem annulô signare testamentum. Tertia, quæ fuit Mynsingeri *in d. §. possunt*, est, quia ideò signa à testibus in testamento voluit Prætor, ut ipsi testes signa cognoscentes testificari possent, se in illo testamento condendo intervenisse, non ut unius signi ad aliud fiat collatio, quod in publicis personis ùt sunt Notarij, requiritur, *Novel. de instrum. Caus. & fide*, §. *oportet*, §. *item lex* 7. *Inst. de publ. Judiciis.* Mynsinger. *in d. §. possunt* 5. *n.* 1. Sed quamvìs testes omnes uno, & eodem annulo signarent, quamvis comparitio signorum deficeret, jam possunt omnes testes signa cognoscere: Ergò possunt omnes septem testes unô & eodem annulo testamentum signare. Quarta ratio decidendi, quam ego addo, fuit introducta à Politica Romana, eò quia cùm multoties homines obliti, cùm lavarent manus, relinquerent annulos in domibus suis, & quando vocabantur ad signandum testamentum, annulos signatorios ad manus non habebant, nè dum revertebantur ad quærendos annulos, moribundus ille testator decederet intestatus, quod ignominiosum erat, §. 1. *quib. de causis manumis. non licet*, admissum fuit, quòd omnes septem testes unô & eodem annulo, vel testatoris, vel unius ex testibus, vel cujusdam tertii (si fortè aliquis præsens esset, qui non vellet, aut non posset testimonium facere) possent testamen-

mentum signare. Aliqua Mynsinger. *in d. §. possunt* 5. *n.* 5. & dixi etiam suprà n. 61.

Nec contra hanc decissionem Justiniani *in d.* 63
§. possunt in principio Inst. de testam. deficiunt aliqua argumenta dissolvenda. Primum: quia si possent omnes septem testes uno & eodem annulo signare, sequeretur, quod propter confusionẽ signorũ multæ falsitates possent fieri in testamento, posset enim quis imprimere 7. signa in uno testamento, & illud facere tanquam validum publicare, sed falsitatibus non est dandus locus, falsitas enim omni jure reprobata est, *Deuter. cap.* 19. *Daniel. cap.* 13. pluribus D. Ludovicus à Paguera *decis.* 80. *per tot.* Ergò omnes testes non possunt unô, & eodem annulo testamentum signare. Secundò corroborando supradictam rationem dubitandi, quia ùt ajt Justin. in §. *sed neque hæres* 10. *Inst. de testam.* non potest filius hæredis, vel fratres hæredis, qui in eadem patria potestate sint, esse testes in testamento, in quo ille instituitur hæres; sed hoc nulla alia ratione, nisi quia cùm isti haberent commodum ex illo testamento, possent aliquid falsitatis machinari; Ergò pariter cùm iste timor falsitatis militet in casu supra posito, non poterunt omnes testes unô & eodem annulo testamentum signare. Tertiò: quia si omnes testes uno, & eodem annulo testamentum signarent, forsitan cùm memoria hominum labilis sit, dixi suprà n. 56., non recordarentur de hoc tempore aperturæ tabularum, & signum non agnoscerent. *l.* 1. §. 1. *ff. quemadm. testam. aper.* Quartò: quia cùm ideò annulo signetur, quoniam iste amicis signantis notior sit, mortuis istis septem testibus, non essent amici illorum, qui signa agnoscerent, testamentúmque non aperiretur; junge, quòd suprà dixi n. 56. & 59. Ergò non possunt testes unô & eodem

dem annulo teſtamentum ſignare. Reſpondetur his quatuor objectionibus cum Donello *ad l. hac Conſultiſſima*, 21. *C. de teſtam.* quod deciſio *d.* §. *poſſunt* 5. *Inſt. de teſtam.* intelligitur, & habet locum ſuppoſitâ Conſtitutione Impp. *in* §. 3. *Inſt. de teſtam.* & *in d. l.* 21. *C. eod.* quibus cavetur, quòd teſtes ſubſcribant teſtamentum; Undè cùm ſinguli teſtes ſubſcribant teſtamentum, & ſingulorum ſubſcriptio ſingulis ſignis ſubjiciatur, ſequitur, quòd ſubſcriptiones teſtium jam diſtingunt, & diſcernunt ſigna teſtium, & ſic non poteſt eſſe locus falſitatibus, teſtes recordantur, & Chyrographus mortuis teſtibus cognoſcitur ab amicis. Donellus ubi proximè n. 16.

64 Sed alia quoque ratio dubitandi oritur ex eo, quòd ſecundùm quæ ſuprà diximus n. 58. duo, vel tres Notarij ſimul ſtipulantes, & claudentes aliquod inſtrumentum non poſſunt uno & eodem ſigno teſtamentùm ſignare, taliter, quòd duo Notarij non poſſunt idem ſignum habere; Sed omnes Notarij habent diverſa ſigna, dixi ſuprà n. 58.; Ergò pariter omnes ſeptem teſtes non poſſunt uno & eodem annulo teſtamentum ſignare. Verum ex doctrina Mynſingeri in d. §. *poſſunt n.* 1. facilè tollitur, advertendo, quod in perſonis publicis pnblicum officium gerentibus, quales ſunt Notarij, debet fieri unius ſigni ad alterum collatio, *Novella de inſtrumentorum cauſa, & fide*, §. *oportet*, quæ collatio ſignorum ceſſaret, ſi quilibet Notarius ſuo ſigno diverſo non ſignaret: in perſonis verò privatis, ùt ſunt teſtes, ſigna non apponuntur, ut unius ſigni ad aliud fiat collatio; ſed ut teſtes ſigna cognoſcentes teſtificari poſſent, quod non impedit ſignare omnes uno & eodem annulo, interveniente ſubſcriptione, Mynſinger. ubi proximè. Dixi ſuprà n. 58.

Sex-

Prædictis etiam obstare videtur textus in §. *sed* 65
prædicta 3. *Inst. de testamentis* ubi Idemmet Justinianus, loquendo de forma testamenti Prætorij, dicit, quòd in testamento Prætorio septem testium signa requiruntur, ibi: *Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant*: Sed si omnes testes uno & eodem annulo testamentum signarent, non darentur septem signa testium, sed unum & idem signum, sicque non adimpleretur edictum Prætoris septem signa testium requirens: ergò non possent juxtà hunc §. testes uno & eodem signo testamentum signare. Tria tamen ad conciliandum utrumque textum animadvertebam: Primum, quod verbum, *Signa*, in d. §. 3. sumitur pro obsignationibus per figuram Synecdochen, dixi suprà n. 60. Secundum: quòd tunc jam dantur septem diversa signa pro materiali, licèt non pro formali, secundum ea, quæ dixi suprà n. 62. Tertium (quòd meliùs puto) quòd in illis verbis dicti §. 3. *Sed septem testium signa sufficiebant*, illa particula *septem* non appellat suprà verbum *signa*, ità ut sensus sit, quòd septem signa testium requirantur in testamento Prætorio; Sed illud verbum, *septem*, appellat suprà verbum, *testium*, ità ut sensus sit, quòd signa septem testium requirantur in testamento Prætorio; & in casu, quô omnes testes unô, & eodem annulo signant, licèt non dentur septem signa testium, dantur tamen signa septem testium.

Ut ultimam manum huic testamento Præto- 66
rio imponamus, cùm nihil tam naturale, quam quod unumquodque dissolvatur eo genere, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale est* 35. *ff. de reg. jur.*, videndum est, quomodo testamentum Prætorium, seu tabulæ testamenti in Urbe Romana aperiebantur: in quo scire debes, quòd publicare

testamentum, aperire, & actis testamentum insinuare, idem sunt, & pro eodem usurpantur. *l. in hoc C. de Donat.* Donel. *ad l. publicati, 2. C. de testam.* quæ publicatio testamenti actus solemnis & legitimus est. Petr. Fab. *lib. 2. Semest. cap. 23.* Osuald. ad Donel. *lib. 7. com. cap. 5. lit. C.* & fiebat apud Magistratum. Magistratus, apud quem testamenta aperiebantur, seu publicabantur in Urbe Romæ, seu Constantinopoli erat Magister Census, *l. testamenta, 18. l. Consulta C. de testam.* Donellus ubi sup. n. 3.; In Provinciis autem fiebat apertura tabularum apud quemlibet Judicem etiam delegatum, *l. omnium 19. C. de testam. cap. ult. de fide instrumentor.* Donel. ubi proximè. Publicabatur testamentum, aut aperiebantur tabulæ hoc modô: Hæredes scripti in testamento deferebant Magistratui testamentum publicandum, & Magistratus antequam tabulas testamenti aperiret, conveniebat signatores, seu testes, qui signaverant testamentum, qui sigilla sua seorsim à testamenti tabulis filo, seu lino trajecto pendentia, ùt dixi suprà n. 50. recognoscebant, & si affirmabant se signâsse, tabulæ aperiebantur, si autem negabant se signâsse, tabulæ tanquam suspectæ non aperiebantur, *l. 2. §. 1. l. 4. & l. 5. ff. quemad. testam. aper.* Nec contra ea, quæ dixi, quòd hæc apertura tabularum fiebat apud Magistrum Censûs, quidquam facit tex. *in l. cùm ab initio 4. ff. quemad. test. aper.* ubi fatetur Consult. aperturam tabularum fieri apud Prætorem, quia (ut unô verbô solvit difficultatem Donel. ad *d. l. 2. C. de testam. n. 3.*) primis temporibus solùm apud Prætorem fiebat recognitio sigillorum, & apertura tabularum, *d. l. 4. ff. quemadm. testam. aper.* usque dùm Arcadius & Honorius constituerunt, quòd testamentum aperiretur in Urbe Constantinopolis apud Magistrum Censuum, *l. testamen-*

menta, 18. *l. consulta* 23. *C. de testam.* Donel. ubi suprà, & in Provinciis apud quemlibet Judicem, etiam delegatum, *l. omnium* 19. *Cod. de testament.* Donellus ubi proximè.

Recognitis sigillis à testibus in urbe præsentibus (nam si aliquis ex testibus erat absens non revocabatur, seu vocabatur in urbem, nè suum officium ei esset damnosum, sed mittebantur tabulæ testamenti in locum, ubi ipse erat, ut agnosceret, *leg. sed etsi 7. ff. quemadm. testament. aperiantur*, & si omnibus absentibus aliqua necessitas urgebat tabulas testamenti aperiri, intervenientibus optimæ opinionis viris aperiebantur, & postea mittebantur in locum, ubi erant testes, ut isti signa recognoscerent, *d. l. sed etsi 7. ff. quemad. test. aperiantur*) Apertis tabulis publicè legebatur testamentũ, privatimque cognoscebat Magistratus, an testamenti tabulæ essent integræ, an verò ex aliqua parte vitiatæ, *cap. ult. de fid. instr.* Donel. ad *d. l. 2. Cod. de testam. n.* 4. Et si Magistratus instrumentum esse integrum agnoscebat, jubebat describi per officiales suos, seu actuarios, & tunc testamentum dicebatur actis insinuatum, fidémque publicam faciebat, Donellus *ubi suprà n.* 4. *&* 7. quô factô duæ remanebant tabulæ testamenti: Unæ veteres ejus materiæ, in qua testamentum priùs scriptum erat: novæ, quæ Aliæ verò ejus testamenti in actis insinuatum exemplar continebant: Priores remanebant privatæ apud hæredem: Posteriores publicæ apud Magistratum remanebant. Donellus ad *d. leg. 2. Cod. de testam. n. 7. & 8.* Sed si petes, ad quid requiritur testamentum describi, seu actis insinuari, cùm priùs testamentum ad fidem sufficiat? Respondeo: hoc ideò voluisse Politicam Romanam, quia utile est plura ex- 67

ſtare unius teſtamenti exemplaria, ut, ſi unum pereat, ex alio fides deſumi poſſit, *l. unum* 24. *ff. de teſtam.* §. *ſed & unum pen. Inſt. eod.* Donel. ubi ſuprà n. 9. obiter tamen in hoc nota, quòd Magiſtratus non permittebat tabulas teſtamenti aperiri, quotieſcunque dubitabatur, & conſtabat teſtatorem vivere, *l.* 2. §. *ſi dubitetur* 2. *ff. quemad. teſtam. aperi.* Undè apud nos Notarij non poſſunt publicare teſtamentum, nisì ſecutâ morte teſtatoris, ſicque publicatio teſtamenti probat plenè mortem teſtatoris: Quâ de cauſa in noſtra Practica Cathal. ſi quis exhibet in Proceſſu teſtamentum alicujus cum certificatoria publicationis Notarij, per hoc plenè remanet probata mors illius teſtatoris, ùt pluribus probat, & ad hoc conducentia adducit Maſcardus *de probat. Conclus.* 1074., Bartol. *in l. fin. Cod. de edict. D. Adriani tollendo.* Medices in *tract. Mors omnia ſolvit. p.* 1. *n.* 75. Qua-
68 tuor teſtamentorum genera à prima litera hujus diſſertationis uſque ad præſentem numerum explicavi, ſcilicet teſtamentum Kalatis Comitiis: teſtamentum in procinctu: teſtamentum per æs & libram; & teſtamentum Prætorium; Sed omnia iſta in deſuetudinem abiêre, & ſucceſſit quintum genus teſtamenti ſcriptum, ſeu ſolemne mixtum ex triplici Jure; ex Jure ſcilicet antiquo Civili, ex Jure Prætorio, & ex novis Impp. Conſtitutionibus, de quo facit mentionem Juſtinianus §. *ſed cùm paulatim* 3. *Inſt. de teſtam.* Pro quo teſtamento
69 explicando dividamus teſtamenta: Teſtamentum, ùt ab initio exordiamur, duplex eſt, aliud eſt teſtamentum publicum, fide publicâ, vel per preces factum, aliud eſt teſtamentum privatum: Teſtamentum per preces (quod hoc nomine ſemper nominabimus) ſeu teſtamentum publicum erat illud teſtamentum, quòd fiebat per

pre-

preces Principi oblatas : Preces erant libelli supplices, qui offeruntur Principi aliquid ab eo petendo *l. 1. & tot. Codicis tit. de precibus Imper. offer. leg. precibus, Cod. de impub. & aliis substitut.* Donellus ad *leg. 19. Cod. de testam. n. 2.* Quando igitur aliquis volebat per fidem publicam testari, offerebat preces seu libellum supplicem Imperatori, in quo referebat suum testamentum, & ultimum voluntatis elogium, Donellus *lib. 6. Com. cap. 6.* posteà istæ preces seu iste libellus legebatur in Consistorio Principis, & referebatur in Scrinia Principis, in quibus acta continebantur, Donellus *d. lib. 6. cap. 6. leg. omnium 19. Cod. de testam.* ibique Donellus n. 2. Scrinia enim Principis non significant Pectus seu recessum mentis Principis, in quo omne jus reconditum esse debet. Dauth. *in leg. 19. Cod. de testament. n. 5.* cui assentit Osualdus *ad lib. 6. Com.* Donel. *cap. 6. lit. C.* sed Scrinia Principis erant arcæ, Capsulæ, seu armaria, in quibus epistolæ, decreta Principum, & libelli supplices recondebantur, Plinius ad *Trajanum*, Flavius Vopiscus *in Aureliano*, Lampridius *in Alexandro Severo*, Donellus *tum lib. 6. Com. cap. 6.* tum in *leg. 19. Cod. testament. n. 5. & 6.* In quibus Scriniis totum jus Principis scilicet Epistolæ, Edicta, Decreta renuntiantur, de quo *in §. sed quod Principi Inst. de Jure Natural. Gentium & Civili.* Donellus *ad d. leg. 19. n. 5. in fine.* Hic libellus Principi oblatus, ut valeret tanquam testamentum non indigebat responso Principis, quia Princeps audit hominum ultimas voluntates, non jubet, *l. omnium 19. Cod. de testament.* nec indiget testibus sicut testamentum privatum, eo quia istud testamentum publicum cùm legeretur coram Principe & Proceribus per Magistratum libellorum, habet pro testibus Principem & omnes Nobiles, & probatas personas, quæ

ſunt in Conſiſtorio Principis, *l.* 19. *Cod. de teſtam.* Donellus *ad d. leg. n.* 2. De quo teſtamento per pnblicas preces, nè ego nimis immorer, & alienas paginas tranſcribam, vide Donel. *ad d. leg* 19. *Cod. de teſtam.* Hoc tamen per fidem publicam teſtamentum in uſu apud Romanos fuit, poſtquàm lege Regia ei & in eum omnis poteſtas translata fuit, §. *ſed quod Principi placuit. Inſt. de Jure Nat. Gent. & Civ.* Nam ſicut Populus in illo antiquo teſtamento Kalatis Comitiis omnem ſolemnitatem; ſic transfuſo omni Imperio Populi in Principem in hoc ſimili teſtamento per publicas preces Princeps omnem ſolemnitatem ſupplebat, Vaconius 1. *declar. cap.* 16. *n.* 5. Coraſius 5. *Miſcel. cap.* 12. *n.* 1. aliis Oſualdus 6. *Com. cap.* 6. *lit. e.*

70 Præter teſtamentum ſupradictum per publicas preces aliud dabatur teſtamentum publicum apud acta Judicis, de quo etiam mentionem faciunt Honorius & Theodoſius *in l. omnium* 19. *Cod. de teſtam.* quod fiebat hoc modo, quòd ille Civis Romanus, qui ſic volebat teſtari, adibat quemlibet Judicem apud Tribunal ſedentem, & coram eo nuncupabat ſuam ſupremam voluntatem, id eſt, dicebat, quos hæredes inſtituebat, quibus legabat: quæ voluntas actis inſinuabatur, & in acta publica referebatur, Donellus *ad l.* 19. *Cod. de teſtam. n.* 8. *l. ultim. Cod. de re jud.* nec in tali teſtamento teſtes requirebantur, cum authoritas Judicis eos ſuppleret, *l.* 31. *C. de Donatio.* Donellus 6. *Com. cap.* 6. *lit. e.* & acta illa Judicis fidem publicam haberent, Donellus *ad leg.* 19. *n.* 8. ſi alia de hoc teſtamento publico apud acta Judicum deſideras, vide Donellum 6. *Com. cap.* 6. & *in leg.* 19. *Cod. de teſtam. n.* 8. Moller. *lib.* 1. *Semes cap.* 5. Andream Fachineum *lib.* 6. *Contrv. cap.* 86. & alia apud Oſualdum ad Donel. *lib.* 6. *Com. cap.* 6. *lit. e.*

Teſtamentum Privatum, quod privatâ fide fit, 71
eſt duplex: Aliud eſt teſtamentum ſcriptum, ſive ſolemne, & aliud eſt teſtamentum nuncupativum. Teſtamentum ſcriptum ſeu ſolemne fit, quando teſtator obſervatis debitis ſolemnitatibus juris ultimæ voluntatis ſuæ diſpoſitionem in ſcripturam primùm redigit, teſtibúsque deinde offert corroborandam, Mynſinger. *in* §. 8. *Inſt. de teſtam. n.* 1. de quo teſtamento & ejus ſolemnitatibus poſteà videbimus. Teſtamentúm nuncupativum eſt, quando teſtator ſuam voluntatem ſiné ſcriptura coram ſeptem teſtibus declarat, Mynſinger. *ibidem n.* 2. de quo latè tractat Juſtinianus *in* §. *ultim. Inſt. de teſtam. l. hac conſultiſſima* 21. §. *per nuncupationem Cod. de teſtament. l. hæredes palam*, 21. *ff. de teſtam* Donellus *lib.* 6. *Com. cap.* 10. & ibi Oſualdus, Idem Donellus *ad leg.* 21. §. *per nuncupationem Cod. de teſtam.* Hotmannus *lib.* 9. *obſ. cap.* 12. Suetonius in vita Auguſti dicit: *Horatium deceſſiſſe hærede Auguſto palam nuncupato*: Nuncupare enim eſt lingua pronuntiare, *leg. ſi is qui* 25. *ff. de teſtament.* Cicero *lib.* 3. *offic.* Donellus *ad d. l.* 21. §. *per nuncupationem*, *n.* 4. quamvìs enim nuncupatio ſignificaret illam formulam, quâ in teſtamento per æs & libram hæres nominabatur, Ulpianus *tit.* 20. §. 9. hodie nuncupatio eſt hæredis clarâ linguâ pronuntiatio, Hotmannus *d. lib.* 9. *obſ. cap.* 12. Oſualdus *lib.* 6. *cap.* 10. *lit. c.* In quo teſtamento nuncupativo teſtator debet palam nomen hæredis nuncupare, non palam id eſt in publicum, ſicuti fiebat in teſtamento Kalatis Comitiis, ſed palam, id eſt, ut poſſit exaudiri non ab omnibus, ſed à ſeptem teſtibus, *l. hæredes palam* 21. *ff. de teſtam.* Hugo Donellus ad *l.* 21. §. *per nuncupationem*, *Cod. de teſtam. n.* 5. In hoc teſtamento nuncupativo nulla ſcriptura requiritur, quia per hoc differt à teſtamento ſcripto; ſed tamen

men

men potest testamentum nuncupativum in scripturam redigi, nec per hoc tale testamentum desinit esse testamentum nuncupativum, quia illa non ad substantiam testamenti, sed ad majorem actûs comprobationem & perpetuam rei memoriam pertinet. Mynsinger *in* §. *fin. Inst. de testam.* in fine: Sicuti consuetudo quamvis in scripturam redigatur, non per hoc Jus Civile scriptum dicitur, quia hoc ei accidentaliter obvenit, Vinnius *in* §. *constat* 3. *Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil. n.* 1.

72 Testamenti igitur nuncupativi forma facilior & expeditior erat, sed ejus utilitas erat minor; quia expedit testamentum scribi propter duplicem causam: Prima, quia sic servatur voluntatis secretum. Quid & quantum in omnibus rebus secretum prosit, ostendunt Alciatus *emblem.* 3. & ejus Commentator, D. Ludovicus de Paguera *in Practica Criminali*: *cap.* 8. *n.* 11. Simanchas *de repub. lib.* 7. *cap.* 12. & 14. Decianus, Farinacius, & alii apud Valenzuelam. *cons.* 126. Offorius *de reg. Inst. lib.* 8. Menochius *cons.* 107. Bovadilla *in Polit. lib.* 2. *cap.* 5. Mastrillo *de Magistr. lib.* 2. *cap.* 2. *ex n.* 116. Cabreros *de metu pag.* 421. Solorianus *in polit. pag.* 203. & pluribus *in emblem.* 47. *toto.* Secunda, quia si testamentũ scribatur, datur major fides & probatio ultimæ voluntatis, Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 10. *lit. a.* propter quas causas parum usitata fuerunt apud Romanos testamenta nuncupativa, & magis frequentata testamenta scripta, Vinnius *in* §. *fin. Inst. de testam. n.* 3. Testamentum nuncupativum perfectum erat; sed testamentum scriptum propter solemnitates erat perfectius. In hoc conveniebant testamentum nuncupativum & scriptum, quod in utroque requirebantur septem testes puberes, & Cives Romani, illorum rogatio, & testationis unus contextus, *l. hæredes palam* 21. §. *ult. & penult. ff. de te-*

stam.

testam. l. 21. §. *per nuncupationem C. eod.* quamvis enim jure antiquo in testamento nuncupativo requireretur, quòd testator certioraret testes, ideò eos convocâsse, quia vellet facere testamentum nuncupativum, hoc tamen per Justinianum sublatum fuit in l. in testamentis, 26. C. de testam. eò quia ex ipsa nuncupatione satìs constabat, quâ testator formâ testaretur, Donel. *ad d. l.* 26. *n.* 1. Vinnius *in* §. *fin. Inst. de testament. n.* 1. Differebant autem in hoc testamentum nuncupativum, & scriptum, quòd in isto scriptura de substantia requirebatur, in illo autem non. Secundò, quòd in testamento nuncupativo testator voluntatem suam revelat; In testamento autem scripto, & mixto testator voluntatem suam celat, Mynsinger. *in* §. 3. *Inst. de testament. n.* 1.

Contra hoc tamen testamentum nucupativum 73 aliquæ difficultates in jure insurgunt. Prima: quia cùm in hoc testamento nuncupativo non dentur tabulæ testamenti, Prætor ex eo non posset dare bonorum possessionem secundùm tabulas, quæ datur ex tabulis testamenti, *l.* 1. *ff. de bonor. poss. secundùm tab.* Sed respondetur cum Vinnio *in* §. *fin. Inst. de testam. in prin.* quòd Prætor ùt custos & viva vox Juris Civilis, *l.* 8. *ff. de Just. & Jur.* etiam ex testamento nuncupativo extensivè dabat bon. possess. non secundùm tab., sed secundùm nuncupationem, *l.* 8. §. *ult. ff. de bon. possess. secundùm tab.*, *l.* 2. *C. eod.* Secunda difficultas est, quia cùm fides & substantia testamenti nūncupativi tota in testimonio testium consistat, si aliqui ex testibus ante mortem testatoris mortui fuerint, aut servi vel furiosi facti fuerint, cùm isti non possent in judicio testimonium dicere, necesse erat, irritam fieri defuncti voluntatem, quod maximum damnum apud Romanos erat, §. 1. *Inst. quibus ex caus.*

manumitt. non licet. Sed egregiè solverunt hanc difficultatem Hugo Donellus, & Arnold. Vinnius: Donellus *in l.* 21. §. *per nuncupationem*, *C. de testam. n.* 8. dicit, quòd quamvis testes testamenti nuncupativi mortui fuerint, aut furere cæperint, testamentum nuncupativum vim suam habebat, quia jus non deficiebat, quamvìs deficeret probatio, argumento *l. duo sunt Titij* 39. *ff. de testamentar. tutela:* valebat enim & valuit tale testamentum nuncupativum, sed non probatum; quâ de causa addit Vinnius *in* §. *fin. Inst. de testam. n.* 3., quod Romani huic incommodo mederi volentes constituerunt, quòd in testamento nuncupativo adhiberetur Notarius, qui voluntatem testatoris coram test bus nuncupatam propter probationem in scripturam redigeret: nec per hoc illud testamentum nuncupativum desinebat nuncupativum esse, quia illa scriptura non ad substantiam testamenti, sed ad probationem, & ad perpetuam rei memoriá pertinebat: Non enim ex eo solo, quòd testamentum scribitur, scriptum dicendum est, sed ex animo & mente testatoris in scriptis testare volentis, & ex subscriptionibus, & subsignationibus testium, Vultejus *in* §. *fin. Inst. de testam. n.* 5. Viglius *in d.* §. *n.* 3. Osualdus ad Donel. 6. *com. cap.* 10. *lit. B.* Vide Muretum *in l.* 2. §. *his legibus*, 5. *ff. de Orig. Jur.*, Sichard *in l. hac consult.* 21. §. *per nuncupationem*, *C. de testam. n.* 2.

74 Sed ad intentum nostrum, ad testamentum scilicet scriptum, solemne, mixtum & misticum deveniamus. Dicit Justinianus *in* §. *sed cùm paulatim* 3. *Inst. de testam.* quòd ex usu hominum, & ex constitutionibus Impp. Jus Civile cum Prætorio coaluit, & ex duobus illis testamentis Civili & Prætorio, & ex novis Constitutionibus mixtum resultavit genus testamenti; & quamvìs putet Vinnius ex

ex Ulpiano *in fragment. tit.* 20. §. 8. quod licet introductum fuerit hoc mixtum teſtamantum apud Romanos, non tamen in totum in deſuetudinem abierunt teſtamentum per æs & libram, & teſtamentum Prætorium; ſed quòd adhuc ille, qui volebat, antiquis illis modis teſtari poterat, quamvìs rarò, ùt ego puto, hoc eveniſſet. Teſtamentum igitur mixtum ſeu ſcriptum, de quo in præſenti agimus, ex triplici jure conglutinatum erat, ex jure antiquo Civili, ex jure Prætorio, & ex novis Impp Conſtitutionibus. Ordine hoc explicemus.

Jure Civili antiquo requirebatur primò in hoc 75
teſtamento mixto, quòd teſtator unô & eodem tempore, id eſt, unô & eodem contextu teſtationis ſuum ultimum conderet teſtamentum, *l.* 20.
§. *ult. ff. de teſtam. l.* 21. §. *ult. ff. eod. l.* 21. *C. eod.* 76
de Jure Hiſpaniæ *l.* 8. *tit.* 1. *part.* 6. Baldus & Alexand. *in l. cùm antiquitas* 28. *C. de teſtam.* Ant. Gomez *in l.* 3. *tauri n.* 49. Valentia illuſt. 2. *trac.* 3. *cap.* 3. *n.* 9. unô contextu intelligitur unô & eodem die, unâ & eadem horâ, nullo actu extraneo, & alieno interveniente, ùt ſic explicat Cons. *in d. l. hæredes*, 21. §. *ult. ff. de teſtam.* Ratio hujus eſt, quia ſcrupuloſa ſolemnitas antiqui Juris Civilis exigebat, quòd actus ſolemnes & legitimi continui eſſe deberent, & unô & eodem contextu abſolverentur, ut de ſtipulatione ex tex. *in l. continuus* 137. *ff. de V. O.* de Conſtitutione duorum reorum *l.* 12. *ff. de duobus reis*; Sed teſtamentum, ſeu teſtatio mentis eſt actus ſolemnis, & legitimus, cùm ſit juſta ſeu legitima noſtræ voluntatis ſententia, *l.* 1. *ff. de teſtament.* Ergò teſtamentum unô & eodem contextu fieri debet. Secunda ratio eſt, quia teſtamentum totum in voluntate conſiſtit; Cùm teſtamentum ſit noſtræ voluntatis juſta ſen-

tentia, *l.* 1. *ff. de testament.* sed voluntas est indivisibilis, cùm voluntas sit quid facti, & facta naturalia sint indivisibilia, Valentia *illust.* 2. *tract.* 4. *cap.* 6. *n.* 3. Tum quia voluntas, cùm sit potentia animæ rationalis incorporalis, res autem incorporales individuæ seu indivisibiles sunt, *leg.* 17. *ff. de servitutibus*, *l.* 2. *vers. quædam l.* 72. *leg.* 140. *ff. de V. O.* Valentia *illustr.* 2. *tract.* 4. *cap.* 3. *n.* 6. Ergò testamentum debet esse individuum, seu indivisibile, & unico actu, vel contextu celebrari debet. Tertia ratio decidendi fuit, quia cùm testamentum sit actus tanti ponderis, quòd in eo requiratur magna integritas, & perfectio Judicis, §. 1. *Inst. quib. non est permissum facere testament. l.* 2. *l.* 17. *ff. de testam. l. ult. Cod. de testament. militis. l. senium* 3. *Cod. qui testament. facere possunt.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 22. *n.* 29. ille qui testari vult, non debet distrahi ab illo actu testandi, sed tota mens in illo actu testandi posita esse debet; Sed si testamentum non fieret unò & eodem actu, & contextu, aut in eo actus alienus & extraneus immisceretur, vel una hora seu die inciperetur, & alia finiretur, testator distraheretur propter diversitatem negotiorum ab illo actu sapientissimo testandi: Ergò hac de causa visum fuit scrupulosæ Politicæ Romanæ, quòd testamentum uno & eodem actu, & contextu absolveretur.

76 Tota utilitas & explicatio hujus solemnitatis, quòd scilicet testamentum unico contestationis actu absolvatur, consistit in indagatione illius quæstionis, utrùm testator possit celebrare contractus in testamento? Duplex in hoc est quæstio: Prima est, utrùm si testator antequàm ultimum suæ voluntatis elogium absolverit, divertat ab actu testandi, & celebret contractum, ùt puta, venditionem, vel locationem, an unicus con-

tex-

textûs actus testandi per hunc contractum interrumpatur? in quâ quæstione facilis est resolutio ex supradictis: Si enim contractus est actus alienus, & extraneus à testamento, & testamenti unus contextus ità debet celebrari, ut nullus actus alienus & extraneus intermisceatur; certum sequitur, quód non potest testator diverti ab actu testandi, & celebrare aliquem contractum. Secunda quæstiô est, utrùm in testamento possit celebari contractus? in qua quamvìs non defuerint aliqui Authores, qui tenuerunt, quòd contractus in testamento celebrari poterant, ut Viglius *in* §. 3. *Inst. de testam. n.* 5. Loriotus *de juris arte tract.* 11. *axiom.* 25. Tiraquellus post leges connubiales *glos.* 5. *n.* 101. in quam videtur inclinare Osualdus *lib.* 6. *Com. cap.* 8. *lit. C.* tamen communior opinio est, quòd contractus in testamento celebrari non possunt, Vinnius *in* §. 3. *Inst. de testam. n.* 7. Duarenus *ad tit. de testament. cap.* 4. & alij citati ab Osualdo *d. lib.* 6. *cap.* 8. *lit.* C. Pro quo adducit dictus Osualdus tex. in leg. 20. *ff. de V. S.* Quæ sententia sic demonstratur, quia ùt suprà firmavimus, testamentum ità nno & eodem contextu testationis celebrari debet, quòd in temastento actus alienus & extraneus immisceri non possit; *l. hæredes palam* §. *ultimo ff. de testament.* Sed contractus est actus alienus, & extraneus à testamento: Toto enim Cælo distant contractus & ultima voluntas, ùt constat ex libris ffff, Cod. Instit. & Decretorum, in quibus diversis titulis agitur de contractibus & ultimis voluntatibus: Ergò contractus in testamento celebrari non possunt. Secundò, quia in testamento solùm datur consensus unius, id est, testatoris: Undènon sinè magno mysterio Ulpian. *in leg.* 1. *ff. de testament.* adducens distinctionem testamenti, usus fuit verbo *Voluntatis,*

l. si quis 16. §. 1. *ff. de vulgari*, & sic non datur unus contextus, Donellus 6. *Com. cap.* 25. *lit. f.* Ergò vel dicendum est, quòd testamentum non debet fieri unô & eodem actu, & testationis contextu; vel quòd testamentum Paternum & tabulæ pupillares non sunt unum & idem testamentum, quòd utrumque in jure hæreticum est. Cui tamen difficultati satisfacere videntur Arnoldus Vinnius in §. *igitur* 2. *Inst. de pupillar.* Vaconius *declar. cap.* 64. *n.* 7. & Osualdus 6. *cap.* 25. *lit. f.* dicendo, quòd testamentũ paternum & tabulæ pupillares sunt unũ testamenũ, ut sic insinuare videntur verba Justiniani in d. §. *igitur* 2., quo ad causã efficientẽ, quia unum & idẽ judiciũ patris pro se, & pro filio suo contra juris regulas ex humanitate testatur: sunt unũ quo ad formam, seu solemnitates, quia sufficit testamentum Patris esse clausum, & signatum septem testibus, quamvis tabulæ pupillares sint apertæ, & testibus non suffultæ, dum uno contextu fiant, *l. patris* 20. *ff. de vulgari.* Mynsinger. in d. §. *igitur*, 2. *Inst. de pupill. n.* 1: sunt duo testamenta quoad causam materialem, quia dantur duæ hæreditates, una Patris, & alia filij, *l.* 2. §. *illud ff. de hæredit. vel act. vend. l. si filius* 2. *ff. de vulg. l. Julianus* 43. *ff. de adquis. hæredit.* Valentia *illust.* 3. *tract.* 1. *cap.* 7. *n.* 4: sunt duo testamenta quo ad causam finalem, quia finis testamenti Paterni est habere Patrem hæredem, & finis testamenti pupillaris est, quòd filius impubes hæredem habeat: Undè cùm testamentum Paternum his considerationibus supradictis duo sint quodammodo testamenta (utor verbis Justiniani in d. §. *igitur* 2.) nihil mirum, quòd possit Pater diverso testationis contextu unâ hora sibi, & altera pro filio testari, dum tamen tabulis pupillaribus septem testes, & eorum subsignationes adhibeantur, *l. si quis eum* 16. §. 1. *ff. de vulgari*, Mynsinger. ubi proximè.

Sed

Sed refragari videtur tex. in *l. cùm antiquitas* 28. *C. de testam.* ubi constituit Imp. Justinianus, quòd multi actus extranei poterant intermisceri in testamentis, v. g. si quærantur Codicilli anteà facti à testatore, si quæratur atramentum, vel calamus, vel signa ad obsignandum, aut cera in igne liquefiat, vel si cibus necessarius, potio vel medicamentum præbeatur ægroto, vel si vult ægrotus ventrem exonerare; qui omnes actus, vel fere omnes sunt extranei à testatione: Ergò cùm in testamento actus extranei intermisceri possint, non debet fieri testamentum uno actu & testationis contextu. Dissolvunt hanc difficultatem Donel. *ad l. hac consultissima* 21. *C. de testam. n.* 17. *&* 18. Duaren. *ad tit. de testamentis cap.* 4. allegatus ab Osualdo *lib. 6. com. cap.* 8. *lit. E.* dicendo, quòd illi actus extranei, qui spectant ad declarandam seu confirmandam volnntatem testatoris, ùt sunt memoriæ causâ quærere Codicillos, quærere atramentum, calamum, signa & calefacere ceram, benè possunt, cùm sint dispositiones ad testamentum in testamento intervenire, & similiter illi actus, qui suâ naturâ breves sunt, & necessitas valetudinis seu naturæ eos requirit, ut sunt dare cibum, potionem testatori, & ventrem exonerare, bene possunt testamento intermisceri: quamvis enim Antiquis visum fuerit, istos extraneos actus interrumpere contextum tementi, tamen meliori ratione à Justiniano constitutum fuit, tales actus extraneos posset in testamento intervenire, *d. l. cùm antiquitas* 28. bene Donellus *in d. l.* 21. *t. de testam. n.* 8. 78

Verùm aliæ insurgunt difficultates; nam Assignatio liberti potest fieri in testamento, *l.* 1. §. 3. *ff. de assignand. libert. l. assignare* 7. *ff. eod.* §. *fin. Inst. de assignat. libert.* Ant. Faber *in Papin. tit.* 5. *princip.* 2. *illat.* 24. 79

 ali-

men potest testamentum nuncupativum in scripturam redigi, nec per hoc tale testamentum desinit esse testamentum nuncupativum, quia illa non ad substantiam testamenti, sed ad majorem actûs comprobationem & perpetuam rei memoriam pertinet. Mynsinger *in §. fin. Inst. de testam.* in fine: Sicuti consuetudo quamvis in scripturam redigatur, non per hoc Jus Civile scriptum dicitur, quia hoc ei accidentaliter obvenit, Vinnius *in §. constat 3. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civil. n. 1.*

72 Testamenti igitur nuncupativi forma facilior & expeditior erat, sed ejus utilitas erat minor; quia expedit testamentum scribi propter duplicem causam: Prima, quia sic servatur voluntatis secretum. Quid & quantum in omnibus rebus secretum prosit, ostendunt Alciatus *emblem. 3.* & ejus Commentator, D. Ludovicus de Paguera *in Practica Criminali: cap. 8. n. 11.* Simanchas *de repub. lib. 7. cap. 12. & 14.* Decianus, Farinacius, & alii apud Valenzuelam. *cons. 126.* Osforius *de reg. Inst. lib. 8.* Menochius *cons. 107.* Bovadilla *in Polit. lib. 2. cap. 5.* Mastrillo *de Magistr. lib. 2. cap. 2. ex n. 116.* Cabreros *de metu pag. 421.* Solorianus *in polit. pag. 203.* & pluribus *in emblem. 47. toto.* Secunda, quia si testamentũ scribatur, datur major fides & probatio ultimæ voluntatis, Donel. *lib. 6. com. cap. 10. ht. a.* propter quas causas parum usitata fuerunt apud Romanos testamenta nuncupativa, & magis frequentata testamenta scripta, Vinnius *in §. fin. Inst. de testam. n. 3.* Testamentum nuncupativum perfectum erat, sed testamentum scriptum propter solemnitates erat perfectius. In hoc conveniebant testamentum nuncupativum & scriptum, quod in utroque requirebantur septem testes puberes, & Cives Romani, illorum rogatio, & testationis unus contextus, *l. hæredes palam 21. §. ult. & penult. ff. de testam.*

testam. l. 21. §. *per nuncupationem C. eod.* quamvìs enim jure antiquo in testamento nuncupativo requireretur, quòd testator certioraret testes, ideò eos convocâsse, quia vellet facere testamentum nuncupativum, hoc tamen per Justinianum sublatum fuit in l. in testamentis, 26. C. de testam. eò quia ex ipsa nuncupatione satìs constabat, quâ testator formâ testaretur, Donel. *ad d. l.* 26. *n.* 1. Vinnius *in* §. *fin. Inst. de testament. n.* 1. Differebant autem in hoc testamentum nuncupativum, & scriptum, quòd in isto scriptura de substantia requirebatur, in illo autem non. Secundò, quòd in testamento nuncupativo testator voluntatem suam revelat; In testamento autem scripto, & mixto testator voluntatem suam celat, Mynsinger. *in* §. 3. *Inst. de testament. n.* 1.

Contra hoc tamen testamentum nucupativum aliquæ difficultates in jure insurgunt. Prima: quia cùm in hoc testamento nuncupativo non dentur tabulæ testamenti, Prætor ex eo non posset dare bonorum possessionem secundùm tabulas, quæ datur ex tabulis testamenti, *l.* 1. *ff. de bonor. poss. secundùm tab.* Sed respondetur cum Vinnio *in* §. *fin. Inst. de testam. in prin.* quòd Prætor ùt custos & viva vox Juris Civilis, *l.* 8. *ff. de Just. & Jur.* etiam ex testamento nuncupativo extensivè dabat bon. possess. non secundùm tab., sed secundùm nuncupationem, *l.* 8. §. *ult. ff. de bon. possess. secundùm tab.*, *l.* 2. *C. eod.* Secunda difficultas est, quia cùm fides & substantia testamenti nūncupativi tota in testimonio testium consistat, si aliqui ex testibus ante mortem testatoris mortui fuerint, aut servi vel furiosi facti fuerint, cùm isti non possent in judicio testimonium dicere, necesse erat, irritam fieri defuncti voluntatem, quod maximum damnum apud Romanos erat, §. 1. *Inst. quibus ex caus.* 73

manumitt. non licet. Sed egregiè ſolverunt hanc difficultatem Hugo Donellus, & Arnold. Vinnius: Donellus *in l.* 21. §. *per nuncupationem*, *C. de teſtam. n.* 8. dicit, quòd quamvis teſtes teſtamenti nuncupativi mortui fuerint, aut furere cæperint, teſtamentum nuncupativum vim ſuam habebat, quia jus non deficiebat, quamvìs deficeret probatio, argumento *l. duo ſunt Titij* 39. *ff. de teſtamentar. tutela*: valebat enim & valuit tale teſtamentum nuncupativum, ſed non probatum; quâ de cauſa addit Vinnius *in* §. *fin. Inſt. de teſtam. n.* 3., quod Romani huic incommodo mederi volentes conſtituerunt, quòd in teſtamento nuncupativo adhiberetur Notarius, qui voluntatem teſtatoris coram teſt bus nuncupatam propter probationem in ſcripturam redigeret: nec per hoc illud teſtamentum nuncupativum deſinebat nuncupativum eſſe, quia illa ſcriptura non ad ſubſtantiam teſtamenti, ſed ad probationem, & ad perpetuam rei memoriã pertinebat: Non enim ex eo ſolo, quòd teſtamentum ſcribitur, ſcriptum dicendum eſt, ſed ex animo & mente teſtatoris in ſcriptis teſtare volentis, & ex ſubſcriptionibus, & ſubſignationibus teſtium, Vultejus *in* §. *fin. Inſt. de teſtam. n.* 5. Viglius *in d.* §. *n.* 3. Oſualdus ad Donel. 6. *com. cap.* 10. *lit. B.* Vide Muretum *in l.* 2. §. *his legibus*, 5. *ff. de Orig. Jur.*, Sichard *in l. hac conſult.* 21. §. *per nuncupationem*, *C. de teſtam. n.* 2.

74 Sed ad intentum noſtrum, ad teſtamentum ſcilicet ſcriptum, ſolemne, mixtum & miſticum deveniamus. Dicit Juſtinianus *in* §. *ſed cùm paulatim* 3. *Inſt. de teſtam.* quòd ex uſu hominum, & ex conſtitutionibus Impp. Jus Civile cum Prætorio coaluit, & ex duobus illis teſtamentis Civili & Prætorio, & ex novis Conſtitutionibus mixtum reſultavit genus teſtamenti; & quamvìs putet Vinnius ex

ex Ulpiano *in fragment. tit.* 20. §. 8. quod licet introductum fuerit hoc mixtum testamantum apud Romanos, non tamen in totum in desuetudinem abierunt testamentum per æs & libram, & testamentum Prætorium; sed quòd adhuc ille, qui volebat, antiquis illis modis testari poterat, quamvis raró, ùt ego puto, hoc evenisset. Testamentum igitur mixtum seu scriptum, de quo in præsenti agimus, ex triplici jure conglutinatum erat, ex jure antiquo Civili, ex jure Prætorio, & ex novis Impp Constitutionibus. Ordine hoc explicemus.

Jure Civili antiquo requirebatur primò in hoc 75
testamento mixto, quòd testator unô & eodem tempore, id est, unô & eodem contextu testationis suum ultimum conderet testamentum, *l.* 20. §. *ult. ff. de testam. l.* 21. §. *ult. ff. eod. l.* 21. *C. eod.* de Jure Hispaniæ *l.* 8. *tit.* 1. *part.* 6. Baldus & Alexand. *in l. cùm antiquitas* 28. *C. de testam.* Ant Gomez *in l.* 3. *tauri n.* 49. Valentia illust. 2. *trac.* 3. *cap.* 3. *n.* 9. unô contextu intelligitur unô & eodem die, unâ & eadem horâ, nullo actu extraneo, & alieno interveniente, ùt sic explicat Cons. *in d. l. haredes*, 21. §. *ult. ff. de testam.* Ratio hujus est, quia scrupulosa solemnitas antiqui Juris Civilis exigebat, quòd actus solemnes & legitimi continui esse deberent, & unô & eodem contextu absolverentur, ut de stipulatione ex tex. *in l. continuus* 137. *ff. de V. O.* de Constitutione duorum reorum *l.* 12. *ff. de duobus reis*; Sed testamentum, seu testatio mentis est actus solemnis, & legitimus, cùm sit justa seu legitima nostræ voluntatis sententia, *l.* 1. *ff. de testament.* Ergò testamentum unô & eodem contextu fieri debet. Secunda ratio est, quia testamentum totum in voluntate consistit; Cùm testamentum sit nostræ voluntatis justa sen-

tentia, *l.* 1. *ff. de testament.* sed voluntas est indivisibilis, cùm voluntas sit quid facti, & facta naturalia sint indivisibilia, Valentia *illust.* 2. *tract.* 4. *cap.* 6. *n.* 3. Tum quia voluntas, cùm sit potentia animæ rationalis incorporalis, res autem incorporales individuæ seu indivisibiles sunt, *leg.* 17. *ff. de servitutibus*, *l.* 2. *vers. quædam l.* 72. *leg.* 140. *ff. de V. O.* Valentia *illustr.* 2. *tract.* 4. *cap.* 3. *n.* 6. Ergò testamentum debet esse individuum, seu indivisibile, & unico actu, vel contextu celebrari debet. Tertia ratio decidendi fuit, quia cùm testamentum sit actus tanti ponderis, quòd in eo requiratur magna integritas, & perfectio Judicis, §. 1. *Inst. quib. non est permissum facere testament. l.* 2. *l.* 17. *ff. de testam. l. ult. Cod. de testament. militis. l. senium* 3. *Cod. qui testament. facere possunt.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 22. *n.* 29. ille qui testari vult, non debet distrahi ab illo actu testandi, sed tota mens in illo actu testandi posita esse debet; Sed si testamentum non fieret unô & eodem actu, & contextu, aut in eo actus alienus & extraneus immisceretur, vel una hora seu die inciperetur, & alia finiretur, testator distraheretur propter diversitatem negotiorum ab illo actu sapientissimo testandi: Ergò hac de causa visum fuit scrupulosæ Politicæ Romanæ, quòd testamentum uno & eodem actu, & contextu absolveretur.

76 Tota utilitas & explicatio hujus solemnitatis, quòd scilicet testamentum unico contestationis actu absolvatur, consistit in indagatione illius quæstionis, utrùm testator possit celebrare contractus in testamento? Duplex in hoc est quæstio: Prima est, utrùm si testator antequàm ultimum suæ voluntatis elogium absolverit, divertat ab actu testandi, & celebret contractum, ùt puta, venditionem, vel locationem, an unicus contex-

textûs actus testandi per hunc contractum interrumpatur? in quâ quæstione facilis est resolutio ex supradictis: Si enim contractus est actus alienus, & extraneus à testamento, & testamenti unus contextus ità debet celebrari, ut nullus actus alienus & extraneus intermisceatur; certum sequitur, quòd non potest testator diverti ab actu testandi, & celebrare aliquem contractum. Secunda quæstiô est, utrùm in testamento possit celebari contractus? in qua quamvìs non defuerint aliqui Authores, qui tenuerunt, quòd contractus in testamento celebrari poterant, ut Viglius *in* §. 3. *Inst. de testam. n.* 5. Loriotus *de juris arte tract.* 11. *axiom.* 25. Tiraquellus post leges connubiales *glos.* 5. *n.* 101. in quam videtur inclinare Osualdus *lib. 6. Com. cap.* 8. *lit. C.* tamen communior opinio est, quòd contractus in testamento celebrari non possunt, Vinnius *in* §. 3. *Inst. de testam. n.* 7. Duarenus *ad tit. de testament. cap.* 4. & alij citati ab Osualdo *d. lib. 6. cap.* 8. *lit. C.* Pro quo adducit dictus Osualdus tex. in leg. 20. *ff. de V. S.* Quæ sententia sic demonstratur, quia ùt suprà firmavimus, testamentum ità nno & eodem contextu testationis celebrari debet, quòd in temastento actus alienus & extraneus immisceri non possit, *l. hæredes palam* §. *ultimo ff. de testament.* Sed contractus est actus alienus, & extraneus à testamento: Toto enim Cælo distant contractus & ultima voluntas, ùt constat ex libris ffff, Cod. Instit. & Decretorum, in quibus diversis titulis agitur de contractibus & ultimis voluntatibus: Ergò contractus in testamento celebrari non possunt. Secundò, quia in testamento solùm datur consensus unius, id est, testatoris: Undènon sinè magno mysterio Ulpian. *in leg.* 1. *ff. de testament.* adducens distinctionem testamenti, usus fuit verbo *Voluntatis,*

& *Sententia*, in singulari, & non verbo *Voluntatum* & *Sententiæ* in plurali; Sed in Contractu requiritur mutuus duorum consensus, cùm Contractus sit pactum, & pactum duorum in idem placitum, & consensus, *l.* 1. *ff. de pactis.* Petrus Augustinus Morla in emporio *tit.* 3. *de pactis in prælud. n.* 5. Treutlerus select. *volum.* 1. *disp.* 6. *thes.* 1. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotidian. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 3. Retes *lib.* 2. *opusc. sec.* 4. *cap.* 1. *n.* 1. Ergò Contractus in testamento nequaquam fieri possunt. Tertiò, quia Contractus nominatus præcipuè non potest revocari, cùm statim producat obligationem, *leg.* 5. *Cod. de oblig. & action. l. ab emptione* 58. *ff. de pactis.* Retes *lib.* 2. *sec.* 3. *cap.* 1. *n.* 3.; Sed in ultimis voluntatibus est locus pœnitentiæ, potéstque testator suum testamentum revocare, cùm ultima voluntas sit ambulatoria usque ad mortem, §. *posteriore*, 2. *Inst. Quibus modis testamenta infirmentur. prin. tit. Inst. de ademptione legatorum*, *l.* 3. §. *ult. cum ll. seqq. ff. de adimendis legatis*, *leg.* 32. §. *pœnitentiam*, *ff. de donat. inter Virum & Uxorem.* D. Josephus Retes *lib.* 2. *opusc. sectione* 3. *cap.* 1. *n.* 1. Ergò Contractus in testamento neutiquam celebrari possunt. Quartò, vis videre quomodo Contractus & testamentum sunt incompatibiles? Certa est communis opinio, quòd hæreditas pacto donari non potest, nec in contractu hæres institui, vel hæreditas promitti potest, *leg. hæreditas cum similibus*, *Cod. de pact. convent.* Bartolus in leg. *fin. Cod. de pactis n.* 11. 12. & 13. Osascus *decis. Pedemontan.* 100. *n.* 17. & 24. Noster Fontanella *de pactis nupt. tom.* 1. *Claus.* 4. *glos.* 9. *p.* 4. *n.* 3. Ergò si hæredis institutio seu hæreditatis datio non potest in Contractibus celebrari, neque in testamentis Contractus celebrari poterunt, argumento à contrariis seu oppositis, quòd in jure validum est, leg. *& sic ff. de vulgari. & pupillar.*

prin.

prin. tit. Inst. de his, qui sunt sui vel alieni juris, l. 1. *ff. eod.* & ibi Baldus. *prin. tit. de tutelis*, Everardus in *topicis legalibus, loco* 75. *per totum.*

Sed contra hunc unum teſtatoris contextum, 77
confectionem teſtamenti unâ & eâdem horâ, & excluſionem actûs alieni & extranei non levis exoritur difficultas ex eo, quia certum eſt principium in noſtro jure, quòd teſtamentum Paternum, & ſubſtitutio pupillaris ſunt unum, & idem teſtamentum, §. *igitur* 2. *Inst. de pupillari ſubſtitutio.* §. 5. *Inst. eodem l.* 20. *ff. de vulgari. & pupillari.* rejecta ſententia Sabinianorum, & admiſſa Proculeanorum. *l.* 2. §. *illud ff. de hæred. & action. vendit. l.* 2. §. *prius l.* 16. *l.* 38. §. *ult. ff. de vulgari l. pen. ff. quemadm. teſtam. aperiantur. l.* 11. §. *quod vulgo, ff. ad l. falcid. l.* 9. *ff. de bonor. poſſ. ſecundùm tab. l. Paterfam.* 28. *ff. de rebus autorit. Judicis poſſidend.* Donellus *lib.* 6. *Com. cap.* 25. *lit. f.* Emanuel Acoſta *in cap. Si Pater p.* 1. *n.* 2. Goveanus *in leg.* 2. §. *ſi priùs* & in *leg.* 16. *ff. de vulgari*, Antonius Faber *de error. prag. decad.* 31. *error.* 6. *n.* 9. Onciacus *queſt. academic. lib.* 1. *q.* 5. Fomanus *in ſinops.* Juris *diſp.* 16. *theſ.* 6. Merillius *lib.* 3. *obſ. cap.* 12. Vincentius Fuſarius *de ſubſtitutio. q.* 88. D. Melchior de Valentia. *epiſt.* 1. *exercit.* 1. & *epiſt.* 4. *reſpons.* 3. & *illus* 3. *tract.* 1. *cap.* 7. *an.* 2. Trentacinquius de ſubſtitut. *p.* 2. *cap.* 3. *n.* 3. Jacobus Cujacius *lib.* 29. *qq.* Papin. *ad leg.* 11. §. *quod vulgo ff. ad leg. Falcid.* D. Franciſcus de Amaya. *lib.* 2. *obſ. cap.* 2. *n.* 14. Franciſcus Antonius Eſcalona *de jure univers. p.* 1. *lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 9. Bartholomæus Cheſius *lib.* 1. *different. cap.* 15. & *lib.* 1. *interp. cap.* 15. Joſephus Martinez del Villar. *de pupillar. cap.* 3. §. 2. *ſec.* 1. *tota*, ex noſtris Fontanella *de pact. nup. tom.* 1. *Clauſ.* 4. *gloſ.* 25. *n.* 6. Sed Pater poteſt una hora facere ſibi teſtamentum, & alia filio teſtamentum, ſeu tabulas pupillares facere poteſt.

[illegible] *l. ſi*

l. si quis 16. §. 1. *ff. de vulgari*, & sic non datur unus contextus, Donellus 6. *Com. cap.* 25. *lit. f.* Ergò vel dicendum est, quòd testamentum non debet fieri unô & eodem actu, & testationis contextu; vel quòd testamentum Paternum & tabulæ pupillares non sunt unum & idem testamentum, quòd utrumque in jure hæreticum est. Cui tamen difficultati satisfacere videntur Arnoldus Vinnius in §. *igitur* 2. *Inst. de pupillar.* Vaconius *declar. cap.* 64. *n.* 7. & Osualdus 6. *cap.* 25. *lit. f.* dicendo, quòd testamentũ paternum & tabulæ pupillares sunt unũ testamenũ, ut sic insinuare videntur verba Justiniani in d. §. *igitur* 2., quo ad causã efficientẽ, quia unum & idẽ judiciũ patris pro se, & pro filio suo contra juris regulas ex humanitate testatur: sunt unũ quo ad formam, seu solemnitates, quia sufficit testamentum Patris esse clausum, & signatum septem testibus, quamvìs tabulæ pupillares sint apertæ, & testibus non suffultæ, dum uno contextu fiant, *l. patris* 20. *ff. de vulgari.* Mynsinger. in d. §. *igitur*, 2. *Inst. de pupill. n.* 1: sunt duo testamenta quoad causam materialem, quia dantur duæ hæreditates, una Patris, & alia filij, *l.* 2. §. *illud ff. de hæredit. vel act. vend. l. si filius* 2. *ff. de vulg. l. Julianus* 43. *ff. de adquis. hæredit.* Valentia *illust.* 3. *tract.* 1. *cap.* 7. *n.* 4: sunt duo testamenta quo ad causam finalem, quia finis testamenti Paterni est habere Patrem hæredem, & finis testamenti pupillaris est, quòd filius impubes hæredem habeat: Undè cùm testamentum Paternum his considerationibus supradictis duo sint quodammodo testamenta (utor verbis Justiniani in d. §. *igitur* 2.) nihil mirum, quòd possit Pater diverso testationis contextu unâ hora sibi, & altera pro filio testari, dum tamen tabulis pupillaribus septem testes, & eorum subsignationes adhibeantur, *l. si quis eum* 16. §. 1. *ff. de vulgari*, Mynsinger. ubi proximè. Sed

Sed refragari videtur tex. in *l. cùm antiquitas* 28. *C. de testam.* ubi constituit Imp. Justinianus, quòd multi actus extranei poterant intermisceri in testamentis, v. g. si quærantur Codicilli anteà facti à testatore, si quæratur atramentum, vel calamus, vel signa ad obsignandum, aut cera in igne liquefiat, vel si cibus necessarius, potio vel medicamentum præbeatur ægroto, vel si vult ægrotus ventrem exonerare; qui omnes actus, vel fere omnes sunt extranei à testatione: Ergò cùm in testamento actus extranei intermisceri possint, non debet fieri testamentum uno actu & testationis contextu. Dissolvunt hanc difficultatem Donel. *ad l. hac consultissima* 21. *C. de testam. n.* 17. *&* 18. Duaren. *ad tit. de testamentis cap.* 4. allegatus ab Osualdo *lib. 6. com. cap.* 8. *lit. E.* dicendo, quòd illi actus extranei, qui spectant ad declarandam seu confirmandam volnntatem testatoris, ùt sunt memoriæ causâ quærere Codicillos, quærere atramentum, calamum, signa & calefacere ceram, benè possunt, cùm sint dispositiones ad testamentum in testamento intervenire, & similiter illi actus, qui suâ naturâ breves sunt, & necessitas valetudinis seu naturæ eos requirit, ut sunt dare cibum, potionem testatori, & ventrem exonerare, bene possunt testamento intermisceri: quamvìs enim Antiquis visum fuerit, istos extraneos actus interrumpere contextum tementi, tamen meliori ratione à Justiniano constitutum fuit, tales actus extraneos posset in testamento intervenire, *d. l. cùm antiquitas* 28. bene Donellus *in d. l.* 21. *t. de testam. n.* 8. 78

Verùm aliæ insurgunt difficultates; nam Assignatio liberti potest fieri in testamento, *l.* 1. §. 3. *ff. de assignand. libert. l. assignare* 7. *ff. eod.* §. *fin. Inst. de assignat. libert.* Ant. Faber *in Papin. tit.* 5. *princip.* 2. *illat.* 24. 79

 ali-

aliisque citatis D. Josephus Retes *lib. 3. de interdictis & relegatis, excursu 3. n. 78.* Sed assignatio liberti est actus extraneus à testamento, sapitque naturam contractûs, cùm neque fideicommissum sit, favente Consulto in *l. assignare 7. ff. de assignandis libertis*, Retes ubi proximè: Ergò contractus, seu actus alieni possunt intermisceri in testamento. Secundò: usufructus potest constitui in testamento, *§. 1. Inst. de usufr.* Tertiò: servitutes possunt in testamento constitui, *§. ult. Inst. de servitut. l. 16. ff. comun. prædior.* Quartò: constitutio duorum reorum potest fieri in testamento, *l. eandem 9. ff. de duobus reis, l. si ex toto 8. ff. de leg. 1. l. ille aut. ille 25. ff. de leg. 3. l. si Titio 16. ff. de leg. 2.* Jacobus Cujac. *lib. 17. quæst. Papin. ad d. l. 9. ff. de duobus reis*, Ant. Faber *lib. 10. conject. cap. 19.* D. Melchior de Valentia *illust. 1. tract. 4. cap. 2. toto.* Sed constitutio duorum reorum est contractus, sapitque naturam stipulationis *l. 1. ff. de duob. reis, prin. tit. Inst. eodem.* Ergò contractus possunt intermisceri testamento. Quintò fortiùs, quia constitutio pignoris potest fieri in testamento *l. non est mirum 26. ff. de pigneratitia action.* Sed constitutio pignoris est contractus, *§. fin. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio*, & de eo tanquam de contractu egerunt Donell. *lib. 24. com. cap. 2. lit. h.* Osualdus *in notis.* D. Hieronymus de Oroz. *de apicibus jur. lib. 5.* Merend. *lib. 10. controv. cap. 13. per tot.* Christophorus Pancia *in tract. de obligationibus pag. 100.* Jacobus Cujacius *lib. 19. observ. cap. 24.* Ant. Faber *de error. prag. decad. 77. error. 1.* Negusant. *de pignoribus, integro tractatu*, Mercurialis Merlinus *de pignorib. & hypothec. per totum librum*: Ergò contractus possunt in testamento celebrari.

80 Has difficultates agnovit Arnold. Vinnius in *§. 3. Inst. de testam. n. 7.* Ad illam de assignatione liber-

liberti in testamento facta respondet: Quòd licèt assignatio liberti propriè neque legatum, neque fideicommissum sit, *l. assignare 7. ff. de assignand. libertis.*, tamen assignatio liberti habet vim legati, dum per eam jus patronatûs, alioquin commune, uni in solidum relinquitur, *prin. tit. de assignand. libert. l. 1. ff. eod.* & sic potest fieri assignatio liberti in testamento; sicuti donatio causa mortis, quamvìs propriè legatum non sit, tamen magìs sapit naturam legati, Didac. Covarruvias *in rub. de testam. part. 3. n. 1.* Faber. *de error. pragmat. decad. 44. error. 5. & seqq.* Valentia *illustr. 3. trac. 5. cap. 3. n. 9. & 10.* Gifan. *in lectur. altorfin. in l. illud. 37. ff. de Donat. causâ mor.* Donell. *lib. 14. com. cap. 33.* Petr. Fab. *in l. quæ legata 18. de reg. jur.* Amaya *lib. 2. obser. cap. 14. n. 17.* Retes *lib. 1. opusc. cap. 21. n. 4.* & in academic. relection. *de donat. cap. 17. per tot.* Quod similiter dicimus de Constitutione ususfructûs & servitutis in testamento, quod sint species ultimæ voluntatis & legati, & sic nihil mirum, quòd in testamento relinqui possint, *d. §. 1. Inst. de usuf. §. fin. Inst. de servitut.* Difficiliùs tamen argumentum mihi videtur de constitutione duorum reorum, & constitutione pignoris, quomodo si sunt contractus possint in testamento celebrari? sed tamen Vinnius *in d. §. 3. Inst. de testam. n. 7.* dicit, quòd quando constitutio correorum & pignoris fiunt à testatore in testamento, non sunt contractus, nec testator cùm hæc constituit, cum aliquo contrahere videtur, eò quia datur una sola, & non mutua voluntas. Sed in tali casu sapiunt naturam legati, & ultimæ voluntatis, sicut donationes causa mortis, quæ in aliquibus sapiunt naturam ultimæ voluntatis, & legati, & in aliis sapiunt naturam contractus. Juxta igitur hanc Authorum explicationem nihil mirum, quòd consti-

tutio pignoris, & duorum reorum possint in testamento celebrari.

81 Sed aliud non leve dubium moveri potest ex compatitbilitate contractus cum testamento; illud namque antiqum testamentum per æs & libram seu per mancipationem fiebat per venditionem, *tex. in* §. 1. *Inst. de testam.* ùt pluribus ego explicavi *supra à n.* 8. sed venditio contractus est, *prin. tit. Inst. de oblig. quæ ex consensu nascuntur, prin. tit. Inst. de empt. & vend. l.* 1. *ff. de contrahend. empt.*, Retes *lib.* 2. *opusc. sec.* 2. *cap.* 1. *n.* 6. noster Jacobus Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 13. *à n.* 1. Ergò contractus & testamentum non sunt imcompatibiles, & in testamento potest contractus intervenire. Quod tamen facilè solvitur: quamquam enim verum sit, quòd illud testamentum per æs & libram fiebat per venditionem, non fiebat tamen per venditionem veram & realem, sed per contractum imaginarium, & venditionem imaginariam, quod admittebatur propter illas antiquas, & scrupulosas mancipationis solemnitates, usque dùm Romani considerantes, quòd talis imaginaria venditio, seu contractus & testamentum inter se pugnabant, quia contractus venditionis semel perfectus non potest revocari, *l. ab emptione* 58. *ff. de pact. l.* 1. & 2. *C. quando liceat ab emptione recedere*; & testamentum usque ad mortem revocari possit, dixi *supra n.* 76. constituerunt aliam speciem testamenti mixti ex triplici jure conflatum, Vasq. Menchac. *de succes. creat.* §. 1. *n.* 21. D. Josephus Retes *l.* 1. *cap.* 21. *n.* 12. quo tempore introductum fuit, vel paulò antè, quod testamentum unico testationis actu, & contextu fieret.

82 Osualdus autem ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 8. *in fin.* difficultatem excitat ex eo quia certum est principium in nostro jure, quòd actus modicus,

& modicum intervallum non vitiat aliquam dispositionem, cùm parùm pro nihilo reputetur *l. 1. §. 1. de V. O.* Loriot. *de juris arte, trac. 11. axiom. 25. l. continuus 137. de V.O. l. duos reos 6. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis.* Valent. *Illust. 2. trac. 3. cap. 3. n. 10.* quod relinquitur arbitrio Judicis definire, utrùm modicum vel longum sit intarvallum. *l. 1. ff. de jur. deliberandi, l. si ità quis 135. §. Seja 1. ff. de V.O.* ibi Jason *n. 14.* Bart. *in l. si tempore C. de fide Instrumentor.* Coras. *in secunda lectur. de V. O. n. 10.* Pinell. *in l. 1. C. de bon. matern. part. 2. n. 72.* Surd. *Decis. 114. n. 3.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 3. tit. 25. n. 48.* aliis allegatis Valentia *illust. 2. trac. 3. cap. 3. n. 13.* sed contractus est actus modicus, *l. 6. §. ult. ff. de duobus reis,* vide Daud. *ad l. 21. ff. de testam. n. 37.* ergo contractus celebrati inter testandum non interrumpent testamentũ? & sic contractus in testamento fieri possunt. Doctrina autem ejusdem textus *legis duos 5. §. 1. ff. de duobus reis* dissolvit difficultatem, ibi enim loquitur Consult. de constitutione correorum, & dicit, quòd si inter responsa duorum reorum interrogetur adhibendus fidejussor, non vitiatur continua reorum stipulatio, additque Consultus rationem, quia talis fidejussio non est longum spatium, nec est actus contrarius obligationi correorum, imò est actus ejusdem naturæ, quia constitutio correorum illius legis 6. §. 1. facta fuit per stipulationem, & fidejussio per stipulationem fit, *l. stipulationum. 2. §. satis exceptio ff. de V. O. l. blanditus. C. de fidejussor.* Jacobus Cancer. *Var. p. 2. cap. 5. n. 27.* unde ut actus non vitiet alium actum, requiritur, quòd sit modicus, & ejusdem naturæ, & alteri actui non contrarius, & quamvis contractus actus modicus esset, quia tamen contractus est actus contrarius testamento, quia irrevocabilis, hac de causa non possunt contractus in testamento celebrari.

 Po-

83 Poteſt autem adhuc dubitari ea ratione, quia ſicuti teſtamentum eſt actus ſolemnis, & legitimus, ità etiam ſtipulatio actus legitimus & ſolemnis eſt; cùm ad ſtipulationem verborum conceptio requiratur, §. 1. *inſt. de V. O. l.* 5. *§. ſtipulatio, ff. de V. O. l.* 52. §. *verbiuff. de oblig. & action.* ut pluribus D. Melchior de Valentia *illuſt.* 2. *trac.* 3. *cap.* 1. *a. n.* 4. ſed ſtipulatio non eſt actus continuus, nec uno contextu fieri debet, cùm conſtitutio duorum reorum per ſtipulationem celebrari poſſit, ità ut maximũ intervallũ inter utriusque conſtitutionem interveniat, *l. eandem* 9. *§. ult. ff. de duobus reis* (contrariũ reclamantibus textib. *in l. duo* 6. *l. ſi ex duobus* 13. *ff. de duobus reis*) ergo pariter teſtamentũ non debet eſſe actus continuus, nec unico teſtationis contextu fieri debet. Multa alia argumenta contra continuum actum ſtipulationis adducit Valentia *illuſt.* 2. *trac.* 3. *cap.* 3. quæ ne moleſtus ſim in præſenti omitto. Tollit tamen & ipſam dubitandi rationem doctiſſimus Valentia *illuſt.* 2. *trac.* 3. *cap.* 3. *n.* 11. *&* 12. dicendo, quòd jure antiquo, & antiqua Romanorum Jurisprudentia in conſtitutione duorum reorum requirebatur, quòd duo pluréſve rei una ſtipulatione conſtituerentur hoc modo, quòd interrogans ſic duos reos interrogaret: *Mevj decem aureos dare ſpondes? & Sej eosdem decem aureos dare ſpondes?* & quòd cuncti duo correi reſponderent, unus ſtatim poſt alium, *ſpondeo*; ut ſic formulam correorum adducit Juſtinianus *in prin. tit. inſt. de duobus reis, l. ſi ex re* 28. §. *ſi ipſi ff. de ſtipul. ſervor.* & tunc cùm unica eſſet ſtipulatio, & actus continuus, non poterat inter reſponſionem unius & reſponſionem alterius maximum intervallum intervenire. *l.* 6. *l.* 12. *ff. de duob. reis:* ſed tamen poſteà tractu temporis admiſſum fuit, quòd duo rei conſtitui poſſent duabus diverſis ſtipulationibus hoc modò: *Mevj centum aureos*

reos dare spondes? & Mevius respondebat: *spondeo*; posteà interrogator alium interrogabat: *Sej eosdem centum aureos dare spondes*? & respondebat Sejus: *spondeo.* sic habetur *in l. 3. l. 6. in prin. l. 9. §. ult. de duob. reu.* & tunc admissa hac opinione, cùm duæ darentur stipulationes in correorum constitutione, bene poterat inter promissionem unius correi jam perfectam, & promissionem alterius correi perficiendam magnum temporis intervallum intervenire, docent Bartol. *in l. 3. in prin.* & in *d. l. si ex duobus n.* 1. & in *d. l.* 9. §. *ult. ubi Castrensis*, Cujacius *ibid. lib.* 27. *quæst. Papin.* & *lib.* 52. *digestor. Juliani in d. l. duos* 6. ubi Ægidius Ortensius *ad tit. de duob. reis.* Valentia *illust.* 2. *trac.* 3. *cap.* 3, *num.* 12. Undè unica stipulatio cùm sit actus legitimus, & solemnis, continua esse debet. *l. continuus* 135. *ff. de V. O. l.* §. 1. *ff. eod.* ibique Donel. *n.* 3.

Adhuc tamen altera excitatur dubitandi ratio, 84
quoniam sicuti testamentum est actus legitimus & solemnis, ità etiam matrimonium actus legitimus & solemnis est, cùm sacramentum sit, *tot. tit. de sponsal. & matrim.* Sed longi temporis intervallum inter consensum unius conjugis, & consensum alterius non interrumpit matrimonium, dummodò tempore quô posterior consentit, prioris conjugis consensus non fuerit revocatus, ùt docent cōmuniter Canoistæ, Glos. Hostiens. & Joannes Andreas in *cap. dilectus de sponsal.* Alex. *in l. si stipulor. de V. O. in fin.* Paris. *cons.* 55. *n.* 16. *volum.* 4. Gregor. Lopez *in l.* 10. *tit.* 1. *partit.* 4. verbo *ni consiente.* Azeved. *in l.* 2. *tit.* 16. *lib.* 2. *novæ compil.* Soto *lection.* 3. *de matrimon.* §. *primum igitur*, Henriq. *lib.* 11. *de matrim. cap.* 3. *n.* 6. pluribus allegatis Thomas Sanchez de matrim. *lib.* 2. *disp.* 32. Valent. *illustr.* 1. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 14. Ergò pariter testamen-

mentum quamvis actus legitimus, & solemnis sit, non interrumpet longum temporis intervallum, sicque unico contestationis actu fieri non debebit. Respondetur huic objectioni ex Doctrina Valentiæ ubi proximè, quod hæc continui temporis observatio requirebatur in stipulationibus propter conceptionem verborum, & in contractibus innominatis, quod etiam in testamentis admissum fuit; in contractibus autem nominatis, dummodo ex utraque contrahentium parte consensus concurreret, nihil referebat, an statim, an post longum intervallum, cùm contractus nominati certi sint, & innominati incerti, Retes *lib.* 2. *opusc. sec.* 1. *cap.* 1. *n.* 4. quòd etiam admissum fuit in matrimonio, eò quia assimilatur nominatis contractibus, & quia unus ex contrahentibus anteaquàm consentiat, debet multum cogitare; undè in matrimonio non interrumpit inter utriusque consensum magnum intervallum.

85 Tandem obstabis, quia cùm contractus, & testamentum ità inter se contrarij & incompatibiles sint, sicut contractus non possunt celebrari in testamento, etiam hæreditas non possit pactô donari, dixi suprà *n.* 76.; sed est recepta & admissa practica in nostra Patria Cathalonia, quòd hæreditas pacto donari possit, & aliquis hæres & successor institui in contractu: Nam hæreditamenta, per quæ quis fit hæres in Capitulis Matrimonialibus sunt admissa in nostra Cathalonia, usu quotidiano frequentata, & à supremo Senatu amplexata, *Socarrats* in cap. *si Vassallus n.* 5. & 6. *in commemorat.* Petri Albert., Jacobus Cancer. *var. part* 1. *cap.* 8. *n.* 87. aliis allegatis, & exemplaribus Senatus citatis noster Fontanella *de pact. nupt. tom.* 1. *claus.* 4. *glos.* 9. *part.* 4. ergò contractus in testamento celebrari possunt, sicut institutio hæredis

potest

potest celebrari in contractibus. Respondetur huic objectioni cum doctissimo Fontanella ubi proximè, quod quamvìs verum sit, quòd hæreditas pacto donari non possit, & in contractu hæres non possit institui, neque successio promitti. *L. hæreditas cum vulgatis, C. de pact.*; tamen specialiter admissum est in Cathalonia, quôd propter favorem matrimonij, & appositionem Juramenti sustineantur istæ successiones, & hæreditamenta in capitulis matrimonialibus, ùt de aliis Provinciis, pluribus allegatis authoribus, testatur idem Fontanella ubi proximè à n. 16. Intellectô tamen, quòd in his hæreditamentis, & donationibus universalibus fiat aliqua reservatio alicujus quantitatis ad testandum, vel reservatio usufructus, cùm tunc non adimatur libera facultas testandi, noster D. Ludovicus de Paguera *decis.* 142. Fontanella *d. claus.* 4. *glos.* 9. *part.* 4. *n.* 117.

Testator igitur unico contextu debet à primo ad ultimum suum testamentum ordinare, in quo tamen ordinando duæ observationes requiruntur: una ex parte testatoris, quæ est declaratio voluntatis; & alia ex parte testium, quæ est testium in testamento interventio, & adhibitio. In declaratione quidem voluntatis testatoris in hoc testamento mixto & scripto non requiritur, quod testator coram testibus dicat quid fieri velit post mortem suam; nec requiritur, quòd hæredem palam nominet, & ea quæ vult legatariis præstari, Mynsing. *in* §. *Inst. de testam. n.* 1. Donel. *ad d. l.* 21. *C. de testam. n.* 15. dixi suprà n. 72. Nihil enim horum necesse est testes scire, ad differentiam testamenti nuncupativi, in quo clara lingua debet testator coram testibus suam voluntatem declarare, dixi suprà n. 71. solùm igitur requiritur in hoc testamento mixto & scripto, quòd te- 86

ſtator priùs ſcribat in tabulis, vel in alia materia ſuam ultimam voluntatem, & diſpoſitionem; & ſi ipſe ſcribere non poteſt, nihil intereſt, quòd ab alio ſcribatur, *l. hac conſultiſſima* 21. *in prin. C. de teſtament.* etiam ſi ille, qui ſcribit, ſervus ſit. *l. ſervus* 28. *ff. de teſtament.* Donel. ad *d. l.* 21. *n.* 15. & poſteà ſufficit, quòd teſtator eam ſcripturam (ſi vult nullum ſcire ea, quæ in ea contenta ſunt) conſignatam, vel ligatam, clauſam vel involutam coram ſeptem teſtibus proferat, & oſtendat ſubſignandam, & ſubſcribendam, dum tamen teſtibus præſentibus teſtator dicat illud eſſe ſuum ultimum teſtamentum, & voluntatis elogium: formaliter Theodoſius, & Valentinianus *in l.* 21. *C. de teſtam.* ibique Donellus *n.* 15. idem Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 8. *in prin.* quamvis poſteà hoc mutatum fuerit à Juſtiniano *in l. jubemus* 29. *C. de teſtam.* & conſtitutum, ut nomen hæredis ſcriberetur vel nuncuparetur coram teſtibus à teſtatore, ùt poſteà videbimus. Neque requiritur, quòd teſtator ſcribat teſtamentum in tabulis, vel chartis coram teſtibus, vel teſtibus inſpicientibus; ſed poteſt teſtator ſuam ultimam voluntatem ſcriptam multo tempore antè, puta decem vel viginti annis, teſtibus offerre ſignandam, eò quia teſtes non eſt neceſſe ſcire ea, quæ in teſtamento continentur, *l.* 21. *vers. in omnibus C. de teſtam.* & ibi Donel. *n.* 15.

87 Secunda obſervatio hujus teſtamenti mixti eſt teſtium interventio: Teſtes enim in teſtamento intervenire neceſſe eſt. Teſtes antiquitus dicebantur ſuperſtites, quia ſuper ſtatum cauſæ proferebant; nunc verò ſublata parte nominis teſtes dicuntur, Langius *in Polyanthea* verbo *teſtis.* Uſus enim teſtium antiquiſſimus eſt: legitur enim in *cap.* 20. *Exodi*, quod Deus O. M. falſum teſtimonium damnavit, ibi: *Non loqueris contra proximum*

suum

suum falsum testimonium, & *cap.* 23. *Exodi: Non suscipies vocem mendacij, nec junges manum tuam, ut pro impio dicas falsum testimonium. Numerorum cap.* 35.: *Homicida sub testibus punietur, ad unius testimonium nullus condemnabitur. Deut. cap.* 19. *In ore duorum vel trium stat omne verbum.* Similiter legimus *in lib.* 3. *Reg. cap.* 21. duos perversos viros contrà Naboth falsum testimonium dixisse, & contra castam Susannam duos senes. *Daniel. cap.* 13. & contra Christum Dominum nostrum duo falsi testes deposuerunt. *Matthæi cap.* 26. Usus testium ab omnibus antiquis fuit approbatus: à Philosophis, Aristotele Rhetor. *cap.* 5. dicente: *Testimonium est rei cognitæ voluntaria confessio:* Cicero *in Topicis: Testimonium autem dicimus omne, quod ex aliquo externo sumitur ad faciendam fidem.* A Poëtis Plautus sic ait *in Truc:*

Pluris est unus oculatus testis, quàm auriti
Decem: qui audiunt audita dicunt, qui vident, planè sciunt.

Ovidius *lib.* 1. *de remed. amor.* 10.

Non bene conducti vendunt perjuria testes.

Hinc celebratur de testibus versus ille Poëtæ Anonymi.

Ætas, Conditio, Sexus, Discretio, Fama,
Et Fortuna, Fides: in testibus ista requires.

Usus testium utilissimus fuit, & introductus est de causa, ut veritas occultata manifestari posset; multoties enim res non possent sciri, nisi essent, qui de illis testificarentur. De testium materia latissimé tractatur *in tit. ff. Cod.* & *Decretal. de testibus*, in pluribus usaticis, & constitutionibus in tit. *de testibus.* Ex eruditis Donellus *lib.* 25. *Com. cap.* 9. & *seqq.* idem *in tit. Cod. de testibus*: ex Practicis Maranta *de Ordin. Judicior. p.* 6. *de testium productione*, Fer-

rara *in sua praxi tit. forma juramenti testium.* Practica Baldi *tit. de supposit. testium.* Asinius *in prax.* §. 19. *per totum*, Mascardus *de probationib. Concl.* 1390. *& seqq.* Codex Fabrianus *tit. de testibus.* Menochius *de arbitrar. lib.* 2. *Cent.* 2. Bernardinus Rocca in *tract. Judicior. cap. de testibus*, Perrenotus in suo tract. *de testibus.* Farinacius *de testibus*, Gratianus *discep. forens. tom.* 3. Verbo *testis*: ex nostris Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 20. *per totum.* Fontanella *tom.* 1. *&* 2. *decis.* verbo *testis*, D. Acacius de Ripoll. *l. in suis variis*, verbo *testis.* Paguera *in Practica Civili ibique* additionatores, D. Acacius de Ripoll, & Senator D. Petrus de Amayant *rub.* 18. *per totam*, & alij citati à Castejon *in alphab.* verbo *testis.* n. 1.

88 Ratio igitur cur Jurisprudentia Romana voluit in testamento testes intervenire debere, hæc fuit: Quia Politica Romana voluit, quòd in omnibus actibus Mancipationis testes intervenirent, ut veritas posset declarari; tum quia antiqui actus fiebant coram universo Populo uti teste, ùt pluribus dixi suprà *cap.* 1. *n.* 132.; sed testamentum hoc scriptum, seu mixtum successit in locum antiqui testamenti per mancipationem: Ergò in testamento debent testes intervenire. Secundò; quia quæ melior Politica, quam quod in rebus maximi ponderis, qualis est testamentum, dixi suprà n. 74. plures interveniant; ut lites non suscitentur, & veritas non ocultetur? Tertiò; quia ubi magìs viget periculum, ibi cautius lex agit, de quo principio plura apud Antonium Fabrum *in Papin. tit.* 6. *prin.* 1. *illat.* 1. *& seq.* sed in testamento datur maximum periculum, nè fraudes committantur, ut de illo, qui fingendo vocem mariti mulieri hæreditatem obrepsit, ùt refert Cinus *in leg.* 9. *Cod. de testamentis.* Vinnius *in* §. 3. *Inst. eod. n.* 6., quam fraudem videmus etiam in

Sacra

Sacra scriptura contigisse, *Genes. cap.* 22. dum Jacob furatus fuit hæreditatem, & benedictionem Patris sui Isaac fratri suo Esau ibi: *Vox quidem vox Jacob est, sed manus manus sunt Esau*; Nam cùm per testamentum relinquantur opulenta Patrimonia, & lucrosæ hæreditates, avaritia (ùt quotidiè experimur) multas in testamento fraudes machinatur, quia ùt ajt Virgilius *lib. 3. Æneid.*

- - - *Quid non mortalia pectora cogis*
Auri sacra fames?

Ergò optima ratione Jurisprudentia Romana constituit, quòd in testamento testes adhiberentur, & sinè eis nullatenus valeret. Quòd ità inconcussè apud nos observatur non solùm in testamentis, sed etiam in aliis instrumentis & scripturis publicis; hinc quamvìs Notarius sit Persona publica, publicúmque munus gerens, suprà n. 58., tamen Notario conficienti instrumentum sinè testibus nulla fides adhibetur, Glosa *in §. si verò in auth. de hæred. & falcidia*, Aymon *in Consilio* 122. *n.* 13. noster Fontanella *claus.* 23. *glos. unica n.* 2.

Si igitur in testamento hoc mixto & scripto 89
testes requiruntur, duo nunc, insequendo Donellum *in l. hac consultissima* 21. *Cod. de testam. n.* 10. videnda sunt, numerus scilicet testium, & testium conditio. Numerus testium septenarius erat; septem enim testes requirebantur in hoc testamento mixto, & scripto; quæ quidem solemnitas septenarij numeri testium partim descendebat à Jure Prætorio, & partim descendebat à Jure Civili, ùt sic fatetur Justin. *in* §. 3. *Inst. de testam.* ibi: *constitutum est, ut uno, eodémque tempore, quod Jus Civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis*; & posteà in fine: *Signacula autem, & testium numerus ex edicto Prætoris*: Nàm in testamento illo per æs & libram,

& antiquam mancipationem jam quodammodo interveniebant septem testes, utpote quinque testes, libripens & emptor familiæ, Vinn *in* §. 3. *Inst. de testam. n.* 1. *&* 2. de quo & ejus ratione multa dixi suprà n. 30. & introducto testamento Prætorio, Prætor hoc etiam confirmavit, quòd scilicet septem testes adhiberentur in testamento Prætorio, & hac de causa dicitur in fine *dicti* §. 3. *Inst. de testament.*, quòd numerus & signacula testium descendunt à Jure Prætorio; & posteà tandem Impp. in testamento mixto, & scripto hunc septenarium numerum testium confirmârunt, textus sunt *in* §. *sed cum paulatim* 3. *Inst. de testam. l. hac consultissima* 21. *C. eod. l. fin.* §. *ult. Cod. de Codicillis*, Donell. ad *dictam legem* 21. *Cod. de testam. num.* 9. idem *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. F.* & pluribus citatis Osualdus ibidem, Didacus Covaruvius *in capite cum esses de testament. n.* 1. Jacobus Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 1. quod etiam confirmatum fuit lege Castellæ *in l.* 1. *&* 2. *tit.* 1. *partit.* 6. ùt testatur Covarruvias locô citatô. Si petis rationem, cur Jus Civile Impp. voluit & confirmavit, quod in hoc testamento scripto septem testes intervenissent, lege Donell. *in d. l.* 21. *C. de testam. n.* 10. qui ideò dicit hunc septenarium numerum testium in testamento scripto fuisse confirmatum, & à veteribus introductum, ùt occurretur periculo falsi, quod imminere solet in testamentis alienis confingendis. Sed tamen in hoc septenario numero testium hujus testamenti gravissima insurgit hæc ratio dubitandi: quia ea, quæ sunt de Jure naturali, & divino nullo alio Jure, & lege tolli & mutari possunt, §. *sed naturalia de Jure naturali Gent. & Civili*, §. *sed agnationis ult. Inst. de legit. agnat. tutel.* §. *minùs ergò de hæreditat. quæ ab intest. defer. l.* 1. *ff. de statu hominum l.* 37. *de servit. urban. præd.*

præd. l. 2. ff. de usufr. ear. rer. l. jus agnationis 34. *ff. de pact. l. jura sanguinis*, 8. *de reg. jur.* de Jure Canonico, Can. *Imperatores* 1. *distinc.* 9. *Can.* 45. *& seqq. distinc.* 8. *Can.* 6. 25. *quæst.* 1. *Can. flagitia* 32. *quæst.* 7. *cap. fin. de Consuetudine, cap. non debet de Consanguineis & affin.* Donell. *lib.* 1. *com. cap.* 12. plures citans Osualdus ibid. per tot. Fab. *in pap. tit.* 2. *prin.* 2. 3. *&* 4. Duaren. *de Just. & Jur. cap.* 5. Connan. *lib.* 1. *com. cap.* 5. D. Hieronym. de Oros. *de apicib. jur. Civ. l.* 5. *cap.* 4. *n.* 9. Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 27. Valentia *illust.* 3. *trac.* 3. *cap.* 1. *n.* 12. Asin. ad rub. *de usucap. n.* 44. ex practicis Socin. *cons.* 12. *col.* 2. & cum aliis D. Ludovicus à Paguera *in pract. Civili rub.* 6. *n.* 2. Sed de Jure Divino non requiruntur in quolibet actu, nisi duo testes juxta illud *cap.* 19. *Deuterenom. sed in ore duorum aut trium stabit omne verbum. cap.* 17. *ejusdem Deuterenom.*; *Matthæi cap.* 18. ergò in testamento solùm requiruntur duo testes, sicque malè constitutum, septem testes debere intervenire. Huic rationi dubitandi respodet Covarruvias *in d. cap. cùm esses de testam. n.* 3. dicendo, quòd lex Divina in *cap.* 19. *Deuterenom.* & citatis, dum dixit, quòd in ore duorum vel trium stat omne verbum, approbat testimonium duorum, vel trium, intelligens iniquum esse aliquem unius testimonio tantùm condemnari; non tamen vetat talis lex Divina, quòd si negotij qualitas exigit, ut plures quàm duo testes adhibeantur, non possint plus quàm duo testes intervenire, ut formaliter habetur *in cap. licèt de testibus* & ibi Abbas cap. *nullam.* cap. *præsul.* 2. *quæst.* 4. D. Thomas 22. *quæst.* 70. *art.* 2. & cùm testamentum sit res tanti ponderis, & in eo multæ fraudes intervenire possint, optimâ ratione Romani, quamvìs in aliis ultimis voluntatibus quinque tantùm testes desiderarent, *l. fin.* §. *ult. C. de Codicillis*, in testamento voluerunt sepeptem testes intervenire debere. Con-

90 Conditio & qualitas testium est secundum requisitum, in quo non possum, nè nimìs prolixus sim, multum vela tendere; solùm remissivè aliqua tractabo. In quo hanc regulam generalem posuerunt Romani, quòd testes testamenti Cives Romani puberes esse debebant. Qui testes esse possint, non indagare debemus, sed à contrario sensu, qui testes esse non possunt, seu prohibentur, *l.* 1. §. 1. *ff. de testibus prin. tit. Inst. de his, qui sunt sui vel alieni juris. tit. Inst. quibus non est permissum facere testamentum*, ibique Mynsinger. *in rub. n.* 1. Primò in omnibus antesignanæ
91 prodeunt fæminæ, quæ non possunt esse testes in testamento. *l. qui testamento*, 20 §. *mulier ff. de testam.* §. *testes* 6. *Inst. eod. l. ex eo* 18. *ff. de testibus* (quamvìs in aliis rebus testes esse possint) glos. *in cap. forus de verb. signif.* verbo *Fæmina*, de Jure Castellæ *l.* 17. *tit.* 16. *partit.* 3. Abbas in cap. *cum esset de testam. colum.* 1. & Ancharan. ibid., nec de Jure Canonico, Alex. *cons.* 70. *colum. penult. & cons.* 77. *colum* 2. *volum* 2. Albert. Brun. *in trac. de Correct. & relax. solemnit. & form. fol. penult. quæst.* 8. Tiraquel. *in leg. connub. leg.* 9. *n.* 45. Covarruvias in cap. *cùm esses* de testam. n. 14. Donell. *in l.* 21. *C. de testam. n.* 11. plura ad hoc accommodabilia adducens Campanilis *in divers. Jur. Canon. rub.* 11. *cap.* 2. Decian. 7. *tract. crim.* 17. *n.* 43. Vasquius *lib.* 2. *de succes. creat.* §. 12. *requis.* 2. *n.* 34. Charond. *lib.* 2. *verosimil. cap.* 10. Aul. Gel. *lib.* 5. *noct. Atticar. cap.* 19. Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 17. & ibi Osuald. *in not.* Philipp. Decius. *de reg. jur. ad leg. Feminæ* 2. *n.* 25. Fachin. *lib.* 13. *controv. cap.* 71. Ant. Fab. *lib.* 10. *conject. cap.* 20. (quidquid dicat contrarium tenens Cevallos *comun. contra commun. quæst.* 220.) Antonius Gomes *lib.* 3. *Var. cap.* 12. *& in l.* 3. *Tauri n.* 25. Matthæù *de re Crim. controv.* 2. *n.* 28. Castejon.

jon in *Alphabetic. Jur.* verbo *testis.* Bernardus Diaz *regul.* 482. Julius Clarus *in* §. *testamentum q.* 55. *n.* 2. *&* 3. Marta *de successione legal. p.* 4. *q.* 1. *art.* 9. *n.* 34. Prosperus Farinacius *in tract. de testibus q.* 59. *n.* 55. Villalob. *in suis com. opin. lit. m. n.* 144. Emanuel Suarez à Ribeira *in thesaur. recept. sentent. lit. m. n.* 26. Cevallos *in Commun. contra Comm. q.* 700 *n.* 4. Crassus §. *testamentum q.* 18. Spino *in specul. testam. glos.* 13. *n.* 16. Flores Diaz. de Mena. *practic. qq. q.* 1. *n.* 22. Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 2. *n.* 231. *& p.* 1. *cap.* 4. *n.* 3. Molin. *de Hisp. primog. lib.* 2. *cap.* 27. Guttierres *lib.* 2. *pract. quæst. cap.* 36. Connan. 9. *com. cap.* 3. Escanno *de testam. cap.* 25. Diana *tom.* 6. *tract.* 8. *obs.* 72. *& seqq. & p.* 7. *tract.* 8. *resol.* 17. aliis citatis Xammar. de privilegiis Civitatis §. 15. *n.* 11. Pirhing. *in method. jur. Can. lib.* 2. *tit.* 20. *sec.* 1. §. 7. *n.* 73. Ex nostris Petrus Joannes Fontanella *decis.* 580. *n.* 1. *&* 2. ubi tribus exemplaribus Senatus Cathaloniæ probat mulieres adhuc in nostro testamento Sacramentali testes esse non posse.

Secundò prohibentur propter defectum judicij impuberes, seu minores quatuordecim annorum 92
d. §. *testes*, 6 *Inst. de testament.*, ut in alio quolibet negotio, *l.* 3. *l.* 5. *l. inviti* §. 1. *ff. de testib.* Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. f.* Idem *l b.* 25. *com. cap.* 9. *lit. d.* & *in l.* 21. *C. de testam. n.* 11. Oldendorp. *part.* 4. *de test. n.* 12. Felin. in cap. *cum nobis de præscrip. colum.* 3. Philippus Decius *de reg. jur.* in l. *fœminæ* 2. §. *item impuberes n.* 9. De Jure Cathalon. habetur in usatic. *Nergun home* sub tit. *de testib.* Jacobus Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 23. *n.* 1. D. Ludovicus à Paguera *in pract. Civil. rub.* 18. *n.* 11. De Jure Canon. *tota causa* 4. *quæst.* 2. *&* 3. De Jure Castellæ *l.* 9. *tit.* 3. *partit.* 3. Anton. Gomez *in l.* 3. *tauri n.* 26. & *lib.* 3. *Var. cap.* 12. *n.* 13. Mattheu. *de re crim. con-*

trov. 2. *n.* 30. (quamvis dicat Seneca *lib.* 7. *controv. cap.* 5. quòd *nihil veriùs pulchro teste*) D. Ægidius de Castejon. *in Alphabet. jur.* verbo *testis* n. 26. Connan. 9. *com. cap.* 3. Escanno *de testam. cap.* 25. Diana *tom.* 7. *trac.* 6. *resol.* 7. Campeg. *de testib. reg.* 112. *in prin.* Clar. *in pract.* §. *fin. quæst.* 24. Mascard. *de probat. tom.* 3. *conclus.* 1246. aliis citatis Prosp. Farin. *tom.* 2. *de testib. quæst.* 58. novissimè P. Enricus Pirhing. Societatis JEsu *in method. Jur. Can. lib.* 2. *tit.* 20. *sec.* 1. §. 1. *n.* 4.

93 Tertiò non possunt esse testes in testamento propter defectum Civitatis, & communionis civilis Servus, & omnes alii, qui Civitate non gaudent, ùt peregrini, & deportati, *l. qui testamento*, 20. §. *servus ff. de testam. l.* 17. §. 1. *ff. de pœnis*, *l. hac consultissima* 21. *C. de testam* §. *testes* 6. *Inst. eod.* Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. h.* & ibi Osuald. *in not.* Connan. *lib.* 9. *com. cap.* 3. Duaren. *tit. de testam. cap.* 5. Donel. *in l.* 21. *Cod. de testam. n.* 11. Terent. *in Phorm. act.* 7. *scen.* 1. Donel. *lib.* 25. *com. cap.* 9. *lit. a.* Philippus Decius *in l. in omnibus* 135. *de reg. jur. n.* 6. D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 11. D. Ludovicus à Paguera *in pract. Civil. rub.* 18. *n.* 11. ex usatic. *Homeyers.* vers. *familiares sub tit. de testib.* De Jure Regio Castellæ *l.* 12. *& seqq. tit.* 16. *partit.* 3. *l.* 10. *tit.* 17. *l.* 6. *tit.* 30. *partit.* 7. Ant. Gomez *in l.* 3. *tauri n.* 27. & 28. Diana *tom.* 7. *trac.* 8. *resol.* 62. Connan. 9. *com. cap.* 3. Escanno *de testam. cap.* 25. Campeg. 9. *de testib. reg.* 111. *in prin.* Mascard. *de probat. conclus.* 13. & 58. *n.* 14. de quo optima decis. Rotæ coram Cæsare Grassis *decis.* 72. *n.* 1. Prosp. Farinac. *tom.* 2. *de testib. quæst.* 55. *n.* 165. *&* 167. P. Pirhing. *in method. Jur. Canon. lib.* 2. *tit.* 20. *sec.* 1. §. 1. *n.* 8. Novissimè P. M. Franc. della Lastra *in recollect. sup. tit. de testib. cap.* 4. *de testib. q. unica n.* 49.

Quar-

Quartò à testimoniis propter defectum Judicij arceantur furiosi, *l. qui in testamento* 22. §. *nec furiosus ff. de testam.* §. *testes.* 6. *Inst. eod.* Donel. *lib.* 25. *com. cap.* 9. *lit.* D. & in C. ad *l.* 21. *de testam. n.* 11. idem *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit.* G. & ibi aliis citatis Osuald. *in notis*, Duaren. *in tit. de testam. cap.* 6. *de testibus idoneis.* Connan. 9. *com. cap.* 3. Escanno *de testam. cap.* 25. Ant. Gomez. *in l.* 3. *taur. à n.* 25. Prosperus Farinacius *tom.* 2. *de testibus quæst.* 61. *n.* 9. P. Enricus Pirhing. *in method. Jur. Can. lib.* 2. *tit.* 20. *sec.* 1. §. 1. *n.* 5. 94

Quintò mutus non potest esse testis in testamento, cùm loqui non possit, *d.* §. *testes*, 6. *Inst. de testam.* Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit.* G. & ibi Osuald. *in notis*, idem *in l.* 21. C. *de testam. n.* 11. Duaren. *in tit. de testament. cap. de testibus idoneis*, Escann. *q. com. cap.* 3. Farinac. *tom.* 2. *de testib. quæst.* 61. *n.* 36. & 43. Mascard. *de probat. conclus.* 1358. *n.* 24. Hippolit. Riminald. *in prin. tit. Inst. de testam. n.* 84. Antonius Diana *p.* 5. *tract.* 6. *resolution.* 32. Didacus Spino *in speculo testam. glos.* 9. *rub. n.* 2. Guazzinus *tom.* 1. *defens.* 14. *cap.* 7. *n.* 3. P. Enricus Pirhing. *in Method. Jur. Can. lib.* 2. *tit.* 20. §. 1. *sec.* 1. *n.* 7. 95

Sextò à testimonio testamentario removentur surdi, cùm exaudire non possint, *l. hæredes palam* 21. *ff. de testam.* §. *testes*, 6. *Inst. eod.* Donell. *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit.* G. & ibi Osuald. *in Notis*, idem Donel. in *l. hac consultissima*, 21. C. *de testam. n.* 11. Duaren. *in tit. de testam. cap.* 6. *de testibus idoneis.* Escanno *de testam. cap.* 25. Connan. *lib.* 9. *com. cap.* 3. Farinac. *tom.* 2. *de testib. quest.* 61. *n.* 36. & 43. Mascard. *de probat. tom.* 3. *conclus.* 1358. *n.* 24. Hippolit. Riminald. *instit. de testam. n.* 84. Diana *p.* 7. *tract.* 6. *resol.* 32. P. Enricus Pirhing. *in method. Jus. Can. lib.* 2. *tit.* 20. *Sec.* 1. §. 1. *n.* 5. 96

97 Septimò neque cæcus validus in testamento testis adhibetur, quamvis à Justiniano non enumeretur *in d. §. testes 6. inst. de testam.* Argumentô *ex l. 9. C. de testam. l. 4. & 7. ff. quemad. testamenta aperiantur.* facit *l. 1. §. 5. vers. casum, ff. de postulando.* Wessembec. Bachov. Arnold. Vinnius *in §. testes. 6. inst. de testam.* Donel. *in l. hac consultissima, 21. C. eod. n. 11.* idem *lib. 6. com. cap. 7. lit.* G. & ibi Osuald. in notis Duaren. *in tit. de testam. cap. 6. de testibus idoneis.* Connan. *lib. 9. com. cap. 3.* Escanno *de testam. cap. 25.* Picus *in tractatu de Contractibus, glos. 130. n. 77.* Joannes Hyeronimus Campanilis *in diversorio juris Canonici rub. 11. cap. 17. n. 69. in fine.* Joan. Siccard. *in l. si non speciali C. de testam. n. 3.* Corne. *cons. 18. n. 5.* & *cons. 200. n. 9. lib. 2.* Vasquius *de succes. creat. lib. 2. §. 11. n. 68.* Vivius *in commun. opin.* verbo : *testis esse non potest cæcus, in 2. fallent.* Crassus *de Succes. §. testament. q. 57. n. 12.* Thobias Non. *in §. testes inst. de testam. n. 13.* Mascard. *de probat. tom. 1. lib. 1. conclus. 278. n. 14.* aliis allegatis Prosp. Farin. *tom. 3. de testib. quest. 61. n. 23.* P. Enricus Pirhing. *in method. jur. Can. l. 2. tit. 20. Sec. 1. §. 1. n. 6.*

98 Octavò Prodigus, quia ei est interdicta bonorum administratio, & pro furioso habetur, *l. 1. ff. de curator. furios. l. 12. ff. de tutorib. dat. ab his. l. furiosi 41. ff. de reg. jur.* non potest esse testis in testamentis, ità habetur in *l. 15. cui 18. ff. de testament. §. testes 6. inst. eod.* Donel. *lib. 6. com. cap. 7. lit.* G. & ibi Osuald. *in notis*, idem Donel. *ad l. 21. C. de testam. n. 11.* Duaren. *in tit. de testament. cap. 6. de testibus idoneis.* Escanno *de testam. cap. 25.* Connan. *lib. 9. com. cap. 3.* Specul. *in tit. de. testib. §. 1. n. 32. vers. item quod est*, Campeg. *de testib. reg. 116.* Mascard. *de probat. tom. 3. conclus. 1358. n. 38.* aliis citatis Prosp. Farin. *quæst. 36. n. 457. tom. 2. de testib.*

Nonò

Nonò testes in testamento esse non possunt improbi, & intestabiles. §. *testes 6. inst. de testam.* Donel. *in l. 21. C. de testam. n. 11.* idem *lib. 6. com. cap. 7. lit. K. & O.* & ibi Osuald. *in Not.* idem Donel. *lib. 25. com. cap. 9. lit. G.* Inter quos improbos & intestabiles multi conumerantur. Primò: convicti, confessi vel condemnati de aliquo crimine, *l. qui testamento 20. §. eum qui* (addita in d. tex. particula *Non*, contrà lectionem Pandectarum florentinarum) *l. 15. ff. de testib. l. 14. eod. l. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. repetundar.* de jure Canonico *cap. 13. de testib. cap. 2. de confes. cap. 2. de except.* Præter AA. supra citatos Cavarruv. *in pract. cap. 18. n. fin.* Riccius *part. 6. Collect. 2365.* Mattheu *de re Crim. contr. 35. n. 32.* Farinac. *in praxi tom. 2. de testib. quest. 56. à n. 126.* Castejon. *in Alphabet jur.* verbo *testis* n. 7. D. Ludovicus à Paguer. *decis. tom. 1. cap. 5.* Secundò Judæi, Saraceni, Apostatæ, & Hæretici, *l. 3. C. de Apostat. l. 4. C. de Hæret. & Manicheis, l. hæreticus 44. C. Theodos.* de his, qui super rebus, Vinnius *in d. §. 6. inst. de testam. n. 5.* de Jure Regio *in l. 8. tit. 16. partit. 3.* de jure Cathaloniæ in Usatic. *Homeijers.* Sub. tit. de testib. Cujac. *in cap. 21. de testib.* Cyriac. *contr. 219.* D. Ludovicus a Paguer. *in cap. Civili rub. 18. n. 11.* Tandem infames infamiâ juris, vel facti testes esse non possunt néque in testamento, néque in aliis negotiis, *l. 18. §. 1. ff. eod. l. 26. ff. de testam. l. ob Carmen ff. de testib.* Donel. & Osuald. locis suprà citatis. *l. 3. §. lege Julia l. quæsitum. l. scio ff. de testib.* De Jur. Canon. *cap. testes 2. quæst. 7. Can. infames 6. quest. 1. cap. licet de probat.* cap. *testimonium* cap. 54. 47. *& fin. de testib. cap. 7. de testib. cogend.* de jure Regio Castellæ *l. 8. tit. 16. partit. 3.* de jur. municipali Cathaloniæ usat. *Homeyers. de testib.* Canonistæ Felin. & Ab. *in cap. testimonium de testib.* Covarruv. *in pract. cap. 18. n. 1.* Anton. Go- 99

mez *lib.* 3. *var. cap.* 12. *n.* 15. Cevall. comun. *contr. com. quæst.* 396. Menoch. *de arbitrar. quæst.* 27. Prosper. Farin. *tom.* 2. *de testib. quæst.* 56. Castejon verbo. *testes* n. 17. Alciatus *in l. Notionem de V. Sig.* Petrus Pechius in cap. *infamibus* 87. *de reg. jur. in* 6. D. Emmanuel Gonzales Tolles *in cap. testimonium de testibus n.* 3. Novissimè aliis pluribus citatis Pater Raymundus Nidus *in cap. infamibus* 87. *de reg. jur. in* 6. Alex. *in cons.* 11. *n.* 4. *volum.* 1. Marsil. *in pract. crimin.* §. *diligenter n.* 62. aliis allegatis D. Ludovicus à Paguera *tom.* 1. *decis. cap.* 5. *n.* 3. & *in pract. Civil. rub.* 18. *n.* 11. (quid sit infamia , & quomodo probetur, pluribus P. Peirinis *tom.* 2. *q.* 2. *cap.* 5. §. 4. Campanilis *in diversorio jur. Can. rub.* 11. *cap.* 18.) Donellus *in l.* 18. *Cod. de testibus , n.* 7. P. Enricus Pirhing. *in metod. jur. Can. lib.* 2. *tit.* 20. *Sec.* 1. §. 2. *n.* 16. P. M. Franciscus dela Lastra *in recollect. suprà tit.* 20. *Decretal. cap.* 4. *de testib. q. unica n.* 55. D. Antonius Grannaniecto *in cap.* 20. *de testibus n.* 2.

100 Decimò testis in testamento esse prohibetur ille , qui est in potestate testatoris , v. g. filius vel nepos , *l. qui testamento* 20. *vers. potestatis , ff. de testam.* §. *in testibus* 9. *inst. eod.* cum filius sit una & eadem persona cum Patre , & ex D. Joanne *cap.* 8. dicente : *tu de te ipso testimonium perhibes , testimonium tuum non est bonum.* , *l. testibus ff. de testib.* Donel. *ad l.* 21. *C. de testam. n.* 12. Idem *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. M.* & ibi Osuald. in Notis. Idem Donell. *in leg.* 6. *C. de testibus n.* 5. Soccin. *regul.* 427. Gramat. *decis.* 48. *n.* 13. Paris. *cons.* 58. *volum.* primo. Roland. *cons.* 9. *n.* 32. *vol.* 3. Crassus *in comun. opin. lib.* 2. *cap.* 17. *quæst.* 1. Mascard. *de probat. conclus.* 1148. *n.* 1. & 2. pluribus Farinac. *de testib. q.* 54. *reg.* 3. *per tot. tom.* 2. P. Enricus Pirhing. *in Method. Juris Canon. lib.* 2. *tit.* 20. *Sec.* 1. §. 3. *n.* 32. P. Sanchez. *de matrim. lib.* 1. *disp.* 71. Rebuffus *de probat. testium n.* 338. & 380.

Morla *in empor. p.* 1. *tit.* 11. *in præludiis n.* 40. Ludovicus Miranda *de ordin. judicior. q,* 22. *art.* 4. *Concl.* 2. Antonius Gomez *Var.* 3. *cap.* 14. *n.* 14. Balboa *in cap* 5. *de probatio n.* 8. & *Seq.*, *aliis.* D. Ant. Grannaniecto *in cap.* 22. *de testibus n.* 1. Lastra *in recollect. Canon. tit.* 22. *de testibus in cap.* 4. *q.* 1. *n.* 59.

Tandem testes in testamento esse non possunt 101 neque hæres, & qui in potestate ejus est, neque Pater, neque frater hæredis, neque substitutus, neque fideicommissarius, quamvis in legatariis & fideicommissariis particularibus contra sit, §. *sed neque hæres, Inst. de testam. l. qui testamento* 20. *ff. de testam.* Donel. *ad l.* 21. C. *de testam. n.* 12. & 13. idem *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. n.* & ibi Osuald. *in notis.* Wessembec. *ad tit. de testam. n.* 11. Fab. *de error. dec.* 66. *error.* 2. & 3. & *in Pap. tit.* 4. *prin.* 1. *illat.* 3. Covarruv. *in cap.* 10. *de testam. n.* 26. D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 11. D. Hieronymus de Oros *de apicibus Jur. Civil. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 3. Mascard. *de probat. tom.* 3. *Concl.* 1357. *n.* 5. Farinacius *tom.* 2. *de testib. q.* 60. *n.* 300. P. Enricus Pirhing. *in Method. Jur. Canon. lib.* 2. *tit.* 20. *sec.* 1. §. 9. *n.* 97.

Congregatis igitur in unum locum testatore, 102 & septem testibus idoneis causâ ordinandi nostrum scriptum & mixtum testamentum, cùm istud unico contextu fieri debebat, dixi suprà n. 75., requiritur, quòd testes toto tempore, quo celebratur testamentum, præsentes sint (toto tempore intelligo totum illud spatiū, quo ostenditur testamentum, à testatore subsignatur, & subscribitur propter ea, quæ dixi suprà n. 86.) quod commune est omnibus testibus tam testamentariis, quàm in aliis negotiis adhibitis, Vinnius in §. 3. *Inst. de testam. n.* 5. sicque testes debent durare donec suprema contestatio peragetur, *l. qui testamento*, 20. §. *ult. ff. de te-*

de testam. Vinnius ubi suprà; sed tamen testes inviti non debent detineri, & si inviti retenti sunt, testamentum non valet. *d. l.* 20. §. *ult. ff. de testam.* Vinnius ubi proximè, Osuald. ad Donel. *lib.* 6: *com. cap.* 7. *lit. E.* Et non sufficit, quòd testes præsentes sint, sed requiritur, quòd fungantur suo officio in conspectu testatoris, & quòd testatorem videant. *l.* 9. *C. de testam.* & sic non sufficit, quòd testes audiant vocem testatoris, existente ipso testatore velô aut cortinâ cooperto, sed videre debent faciem testatoris, nè aliqua fraus fiat vocem testatoris simulando, ut de illo, qui obrepserat mulieri hæreditatem, simulando vocem mariti refert Cinus *in l.* 9. *C. de testament.*, & hæc sententia receptior est. Siccard. *in l.* 9. *C. de testam. n.* 2. Vinnius *in* §. 3. *Inst. de testament. n.* 6. Julius Clarus §. *testamentum quæst.* 79. Christin. *volum.* 4. *decis.* 7. *n.* 5. Crassus *in* §. *testamentum. quæst.* 59. *n.* 4. Solùm in hoc maximum dubium est inter AA. utrùm requiratur in hoc testamento scripto, quod testis intelligat linguam & vocem testatoris, an verò non? v. g. in casu quo aliquis Græcus testis est alicujus testatoris, qui testatur linguâ latinâ; & communiter resolvunt interpretes, Vinnius in §. *testes* 6. *Inst. de testam. n.* 3. Donel. *in l.* 21. *C. de testament. n.* 15. quòd non requiritur, quòd testis intelligat sermonem & linguam testatoris, in quo habemus formalem textum *in l. qui testamento* 20. §. *& veteres fin. ff. de testam.* ibi: *Non tamen intelligentiam sermonis exigimus*: quæ intellige de testamento scripto, non de nuncupativo, in quo testes clara voce debent audire nomen hæredis, *l. hac consultissima*, 21. §. *per nuncupationem C. de testam.* dixi suprà n. 71. & 72. præter ibi dicta, *l. nostram*, *C. de testam.* Bartholomæus Gattus *cons.* 2. *n.* 2. Sed dubitabis circa hoc, quòd si testes debent percipere, quid agit

agit testator, & debent rogari, quomodo hæc fieri poterunt, si non intelligant sermonem testatoris? Satisfacit Donel. *in d. l. 21. n. 15.* dicendò, quòd hæc omnia facilè experiri possunt, si in initio testis suâ linguâ, & sermone nativô rogetur, & moneatur se adhiberi testem in testamento, de quo posteà magìs certiorabitur, quando videbit testatorem tabulas tenentem, subscribentem & offerentem septem testibus subsignandas; ex quo descendit ratio, cur surdus non potest esse testis in testamento, suprà n. 96.; bene verò qui non intelligit verba testatoris; quia iste aliâ linguâ potest moneri & rogari, non autem surdus, Vinnius *in d.* §. *6. n. 3.*; quæ quidem præsentia testium, & assistentia in toto testationis contextu remissa est in casu aliquo necessitatis, utpote tempore pestis, in quo propter vim contagionis indultum est, quòd testes omnes non sint præsentes, *l. Casus 9. C. de testam.* Donel. ibid. aliqua de testamento hoc tempore pestis adducunt Barb. *in cap. cùm esses de testam.* & *cons. 87. lib. 4.* Decius *cons. 284. n. 5. volum. 2.* Vivianus *in rational. institut. civil. in tit. de testam. in prin.* Sicuti in multis testamentis solemnitates remittuntur: in testamento rustici, *l. fin. C. de testam.* In testamento inter liberos facto, *l. 21. §. ex imperfecto Cod. de testam.*: In testamento ad pias causas *cap. relatum de testam.* Donel. *in l. 21. C. de testam. n. 19.* Vivian. ubi proximè, Covarruv. *in cap. relatum lo primer. de testam. à n. 1.*, & usque dum Imp. in sua Novell. 41. constituit, quòd in testamento tantùm quinque testes adhiberentur, quod jus in Oriente apud Græcos receptum fuit, Vinn. *in d. §. 3. n. 2.*

Ultima Solemnitas, quam jus Civile in testamento nostro scripto, & mixto desiderabat, erat 103
rogatio testium, quod scilicet septem testes rogati ad-

ti adhiberentur, textus sunt *in* §. *sed cùm paulatim* 3. *inst. de testam. l. hæredes palam* 21. §. *in testam. ff. eod.* Authent. *rogati C. de testib. l.* 21. C. *de testam.* ibi: *rogatis testibus.* Novel. 90. *cap.* 2. Donel. *in l.* 21. *C. de testam. n.* 16. idem in Authent. *rogati C. de testib.* & *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. c.* & ibi Osuald. Fornerius *lib.* 2. *Select. cap.* 10. Spino *in specul. testam. glos.* 31. *n.* 29. 45. & 49. Blascus Flores Diaz. de Mena *pract. quest. quest.* 1. *n.* 19. Noster Xammar *de privileg. Civitatis* §. 15. *n.* 19. Mantica *de Conject. ultim. Volunt. lib.* 2. *tit.* 11. *n.* 14. Marta *de successio. legali p.* 4. *q.* 2. *art.* 3. *n.* 21. Fontanella *decis.* 579. *à n.* 14. *tom.* 2. quæ rogatio testium etiam in aliis actibus requiritur: In solutione, *L. testium* 18. *C. de testibus.* Authent. *rogati C. eod.*: In Codicillis, *l. ult. in fin. C. de Codicill.*: In divortiis, *l. nullum ff. de repudiis* & aliis adductis à Donello in authent. *rogati. C. de testib. à n.* 12. Rogare testes nihil aliud est, quàm certiorare, & petere ab eis, ut sint testes in testamento, Vin. *in* §. 3. *inst. de testam. in Notis.* Ratio autem cur in hoc testamento scripto & mixto requirebatur quòd testes essent rogati, quia cùm hoc testamentum mixtum successerit in locum testamenti antiqui per æs & libram, seu per mancipationem, & in testamento per mancipationem testes vocarentur per antestatum, Connanus *lib.* 9. *con. cap.* 2. *n.* 1. Osualdus ad Donel. *lib.* 8. *Com. cap.* 7. *lit. c.* & dabatur aurium attrectatio, & rogatio: Hotmann. *in prin. tit. Inst. de testament.* Osualdus ubi proximé; hâc de Causa Jus Civile antiquum, & Romana Jurisprudentia voluit, quòd in hoc testamento mixto & scripto testes rogati adhiberentur. Secunda ratio, ùt tradit Hugo Do-
301 nellus in auth. *rogati Cod. de testibus*, *n.* 13. est, ut occurreretur falsitatibus, quæ multum in testamentis timentur, *l. fin. Cod. de fideicommissis*, dixi su-

prà

prà n. 88. & sic additur huic testamento hæc solemnitas, quòd testes debeant esse rogati, quia ubi majores dantur solemnitates, dantur minora pericula fraudum. Tertia ratio est, quia cum testes debebant in hoc testamento mixto apponere sua signacula, se subscribere, & quando aperiebantur tabulæ coram Prætore sua signa recognoscere, ut tantis molestiis subjicerentur, requirebatur, ut rogarentur, & quod multum rogarentur; Unde propter has rationes scrupulosa Romanorum antiqua solemnitas, quòd tales in testamento scripto moniti & rogati adhiberentur, requirebat. A quo autem rogarentur testes, an à testatore, an verò à quolibet alio extraneo? pedem in hoc non fixit Romana Jurisprudentia, sive enim à testatore sive ab alio rogarentur, rectè testamento adhibebantur, ut sic Menochius *lib.* 4. *præsumpt.* 8. *n.* 13. Hilligerus *ad Donel. lib.* 6. *cap.* 7. *lit. e.* eò quia antiquitùs in testamento per Mancipacionem testes non rogabantur à testatore, sed ab antestato vocabantur & rogabantur, Connanus *lib.* 9. *Con. cap.* 2. *n.* 1. Osualdus ubi proximè. Quarta ratio cur testes debebant rogari erat, quia cùm testamentum sit negotium maximi ponderis, & momenti, ut testes diligentius attendant, requiritur, quòd moneantur, & rogentur in testamento adhiberi, Osualdus *ad Donell. lib.* 6. *Com. cap.* 7. *lit. d.*

Quòd testes sint rogati & collecti specialiter causa faciendi testamenti, an verò quòd sint congregati alterius rei causâ, & antequam testimonium faciant, certiorentur, se ad testamentum adhiberi, nihil ad validitatem testamenti facit; Cùm in hoc habeamus formalem textum in lege, *qui in testamento* 20. §. *in testamentis pen. ff. de testament.* quo deciditur, quòd licèt testes ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen antè testamentum 104

certiorentur, se ad testamentum adhiberi, rectè testimonium perhibent, Vinnius *in* §. 3. *de testament. n.* 6. Donellus in Authen. *rogati C. de testibus n.* 19. Solum movetur quæstio inter DD. utrùm hæc solemnitas rogationis testium præsumatur? & communis Authorum opinio est, quòd hæc solemnitas rogationis testium non præsumitur, sed debet probari: quâ de causa consultò adjiciunt Notarii illam Clausulam : *testibus præsentibus adhibitis, vel rogatis, vel testibus præsentibus & cætera.* Sic Minsinger. *in* §. 3. *de testam. n.* 8. Vinnius *ibidem n.* 6. Vivi. *Com. opinio.* verbo : *testes tam in testamento.* Farinacius *lib.* 20. *de testibus q.* 6. Vasquius *lib.* 2. *de success. Creat.* §. 23. *requis.* 8. *n.* 53. Crassus §. *testamentum q.* 58. Mantica *de Conject. ultim. volunt. lib.* 2. *tit.* 11. Osualdus *ad Donel. lib.* 6. *cap.* 7. *lit. e.* Flores Diaz de Mena *pract. quæstionum q.* 1. *n.* 21. & ratio est, quia solemnitas extrinseca non præsumitur, sed semper debet probari, nisi ex antiquitate temporis; bene verò intrinseca, *l. quæcunque* §. *fin. ff. de publician. in rem action.* Cravetta *de antiquit. tempor.* 2. *part. per totam*, Menochius *de præsumptio. lib.* 3. *præsumpt.* 132. Mascardus *de probat. Concl.* 75. & *Conclus.* 1317. Capicius *decis.* 16. Gamma *declar.* 49. *n.* 3. at *decis.* 83. *n.* 2. Afflictus *decis.* 107. *à n.* 5. Guido Pap. *decis.* 151. *in fine.* Codex Fabrianus *lib.* 4. *tit.* 38. *deffin.* 7. & *tit.* 42. *diff.* 53. pluribus D. Joannes del Castillo Sotomayor *quotid. Contr. lib.* 1. *cap.* 54. *n.* 26. Bartholomæus Chesius *lib.* 2. *Inst. cap.* 17. *n.* 3. & cum decisione nostri Senatûs Fontanella *de pactis nupt. clauf.* 4. *glos.* 13. *p.* 4. *n.* 14. Sed rogatio testium est solemnitas extrinseca testamenti, cùm sit extra testamentum, Mynsing. Vinnius, Osualdus ubi suprà : Ergò solemnitas rogationis testium non præsumitur intervenisse in testamento, nisi à Notario expressè mentionatum sit.

Sed

Sed contra hanc solemnitatem rogationis testium in nostro scripto testamento oppones primò: 105
quia certum est principium in nostro jure, quòd ad fidem rei gestæ faciendæ etiam testis non rogatus validus est, *text. in leg. ad fidem cum similibus ff. de testibus.* Mynsinger *in* §. 3. *de testament. n.* 3. Donellus in Authen. *rogati Cod. de testibus n.* 11.; ergò non requiritur, quòd in hoc nostro testaméto scripto testes moneantur & rogétur. &c. Respondetur, quòd quamvis regula sit, quod ad fidem rei gestæ faciendam sufficiat testis non rogatus, *d. l. ad fidem, ff. de testibus*, hoc fallit specialiter in testamentis propter maximas fraudes, quæ in eis fieri possunt, & quia testamenta sunt res maximi momenti: vide rationes suprà n. 103. Secundò quia regula suprapofita intelligi debet de illis testibus, qui non sunt de substantia actûs, sed solùm de fide, & probatione ejus; testes autem testamenti non solùm adhibentur causa probationis, quia sic sufficerent duo, sed ad solemnitatem testamenti, Mynsinger. *in d.* §. 3. *de testament. n.* 3.

Secundò oppones ex textu *in leg.* 8. §. 6. *Cod. de repudiis*, ubi furta, Cædes & stuprà plenè probantur testibus fortuitis: Ergò multô melius in testamento testes fortuiti intervenire poterunt; 106
cùm major requiratur probatio in furtis, cædibus & stupris, in quibus pœna capitalis infligitur; Osualdus *ad Donel. lib.* 6. *Com. cap.* 7. *lit. e.* adducit, & solvit argumentum dicendo, quòd in illis rebus, in quibus perpetratio furtim & clam committitur, ùt sunt furta, cædes, & stupra, ubi committentes non vocant testes, sed testes fugiunt, probatio plena potest fieri testibus fortuitis *d. leg.* 8. §. 6. *C. de repudiis*; at verò in illis rebus, quæ non clam, sed palam fiunt, testes rogati adhiberi debent: Undè cùm testamentum non debeat fieri clam, seu

seu furtim, sed palam & coram testibus solemnitatis causâ intervenientibus: ideò requiritur, quòd moneantur, & rogentur.

107 Tertiò Oppones ex lege finali *Cod. de Codicillis*, ubi Imperator dicit, quòd in Codicillis & aliis ultimis voluntatibus quinque testes requiruntur, vel rogati, vel qui fortuitò venerint: ex quô infertur, quòd in Codicillis testes rogati esse non debent; sed in Codicillis etiam datur periculum fraudis, cùm in Codicillis opulenta legata relinquantur; Ergò etiam in testamentis testes non debent esse rogati, sed sufficit, quòd fortuitò venerint. Quamvis aliqui, ùt Vasquius *lib.* 3. *de success. progres.* §. 3. *n.* 27. dixerint, quòd in Codicillis non requiritur conditio testium, & eorum rogatio; cùm testes non roquirantur de forma Codicillorum, sed ad probationem, Viglius *in* §. 6. *de testament. n.* 3. Vasquius ubi suprà n. 13. *& de succes. creat. lib.* 2. §. 12. *requisit.* 2. *n.* 12. & 68. Loriotus *ad l.* 2. & 73. *de reg. jur.* & aliis, quos citat, & non sequitur Osualdus ad Donel. *lib.* 7. *com. cap.* 19. *lit. f.* adhereo Opinioni Donelli in Auth. *rogati Cod. de testibus n.* 9. quòd scilicet in Codicillis requiritur quòd testes rogati adhibeantur; Primò sicuti in testamentis timetur periculum fraudis, ità etiam in Codicillis, cùm in Codicillis opulenta legata relinquantur, *l.* 2. §. 2. *l.* 8. §. *ult. ff.*, *de jur. Codicil. prin. tit. Inst. de Codicillis*, & in Codicillis hæreditas per fidei commissum relinquatur, §. 2. *Inst. de Codicillis. l.* 2. *C. eodem*, Vinnius *in* §. 1. *Inst. de Codicillis n.* 2. Tertiò: argumento Donelli ubi suprà & *lib.* 7. *Com. cap.* 19. *lit. b.* quia adhibere testes ex vi & natura suæ significationis significat testes rogatos esse debere; Sic hac phrasi utitur Consultus *in leg. qui in testamento* 20. §. *pen. ff. de testament.* sed *in l. fin.* §. *fin. Cod. de Codicillis* dicit Imp. quòd in Codicil-

dicillis testes debent adhiberi: Ergò in Codicillis testes rogati esse debent. Sed admissâ hac opinione, quòd testes in Codicillis rogati debent adhiberi, quomodò solvemus suprapositam dificultatem dictæ *leg. fin.* §. *fin. Cod. de Codicillis*? à quo labore nos liberavit Donellus tùm in d. Auth. *rogati Cod. de testibus n.* 19. tum 7. *Com. cap.* 19. *lit. b.* dicendo: quòd illa verba dictæ legis *fin.* §. *fin. Cod. de Codicillis*: *vel fortuitò venerint*, intelliguntur de illis, qui ab initio fortuitò ad aliam rem venerunt, sed posteà, antequam testimonium perhiberent, moniti fuêre se ad Codicillos adhiberi, qui testes verè sunt rogati, *l.* 20. §. *pen. ff. de testament.* dixi suprà n. 104. & sic illa verba: *qui vel rogati, vel fortuitò venerint*, sic interpretantur: *qui vel initio rogati, vel in initio fortuitò, & posteà rogati venerint.*

Quæ rogatio testium in testamentis, vel Codicillis non exigebat, quòd precibus peteretur à testibus uti dignarentur signare testamentum, sed dicta rogatio solùm erat denunciatio testibus facta, ut essent testes, Cardinalis Mantica *de Conject. ult. volunt. lib.* 2. *tit.* 11. *n.* 14. Fontanella *decis.* 579. *n.* 15. *tom.* 2. & hæc rogatio, ut fraudes testamenti præcluderentur, tantùm fuit desiderata; quòd in testamento militari nuncupativo requirebatur etiam rogitus testium; licèt huic testamento sint remissæ multæ solemnitates, *prin. tit. Inst. de testam. militar. l.* 1. *ff. eod.* quæ sententia suadetur ex Justiniano *in* §. 1. *Inst. de testam. militari* in illis verbis: *Convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur*, & eam tenet Consultus in leg. *Divus Trojanus* 25. *ff. de testam. militis*, defendúntque Authores hac ratione, quia ex convocatione, & rogitu testium declaratur animus deliberatus testandi, qui requiritur in testamento etiam militari, §. 1. *Inst. de militari testamento*, quam sententiam defen-

108 (right margin, beside "Quæ rogatio testium in testamentis, vel Co-")

defendunt Julius Clarus in §. *testamentum*, *quæst.* 58. Nicolaus Gizarellus *decis. Neap.* 36. *n.* 4. Petrus Joannes Fontanella *tom.* 2. *decis.* 579. *n.* 23. quamvìs Vinnius acerrimè contrarium defendat in §. 1. *Inst. de militari testamento*, *n.* 3. in quo nihil facit ejus ratio dubitandi, quòd in testamento militis sunt remissæ omnes solemnitates, *prin. tit. Inst. de militari testam. l.* 1. *ff. eod. l.* 3. *C. eod.* & rogatio testium solemnitas testamenti est, dixi suprà n. 104. quia respondetur, quòd illæ solemnitates, ex quibus demonstratur deliberatus animus testandi, non sunt remissæ in testamento militari; & talis est rogatio testium, per quas easdem rationes tenendum est in nostra practica, quòd in testamento sacramentali, in quo sunt remissæ solemnitates per *cap.* 48. *privileg. recognoverunt Proceres*, adhuc requiritur rogatio testium per ordinationes Civitatis, ùt pluribus exemplaribus ad satietatem usque explicat Fontanella *d. decis.* 579. *à n.* 16. Joannes Paulus Xammar. *de Privilegiis Civitatis* §. 15. alia plura de hac testium rogatione vide apud Martam *de succes. legal. tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 2. *art.* 3. *tot.*

109 Jure honorario, & edictis Prætorum in hoc testamento mixto, & scripto duo requirebantur, scilicet numerus septenarius testium, & eorum signacula, seu subsignationes, quæ in præsenti non explico, quia latissimè de hoc suprà tractavi. Circà numerum testium vide quæ dixi suprà hac Dissertatione *n.* 30. 34. & 89.: circa signacula, & subsignationes testium vide quæ dixi à n. 36. usque ad n. 66. ibi omnia ad hoc conducentia videbis.

110 Tandem ex Sacris Impp. Constitutionibus additum fuit huic nostro testamento scripto & mixto, quòd testator & testes suo proprio Chirographo subscriberent testamentum, textus sunt *in* §. 3. *Inst.*

Inst. de testam. l. hac consultissima 21. *C. eod.* Donel. *in dicta l.* 21. *n.* 16. idem *lib.* 6. *com. cap.* 8. *lit. A.* Jure enim antiquo Civili, & Jure Prætorio non requirebatur subscriptio testium, & testatoris, usque dùm hoc fuit introductum à novis Impp. Constitutionibus, à quo tamen Imperatore fuerit constitutum, ignoratur: Solùm possumus hoc attribuere Theodosio, & Valentiniano, qui primi de hac subscriptione testatoris, & testium mentionem fecerunt *in l. hac consultissima* 21. *C. de testam*; subscriptio in hoc consistebat, quòd testator suâ propriâ manu nomen suum in tabulis testamenti scriberet, & quòd hoc etiam facerent testes, taliter quòd nec sola subsignatio sinè subscriptione, nec sola subscriptio sinè subsignatione sufficiebat ad validitatem testamenti, *tex. formalis in l. ad testium* 21. §. 4. *ff. de testam.* Ratio autem, cur Impp. voluerunt, quòd testes subscriberent testamentum, fuit, quia si fortè propter confusionem signorum testes non cognoscerent sua signa, per subscriptionem venirent in notitiam illius. Secunda; quia cùm testamentum sit res maximi ponderis & momenti, voluerunt Impp. quòd homines, qui adhibebantur ut testes, essent litterati, ut possent cognoscere fraudes testamenti, quod consequebatur, jubendo, quòd se in testamento subscriberent. Tertia: quia si téstes subscribebant se, & notabant cujus testamentum signaverint, non dabatur tantùm periculum fraudis, quòd scilicet unus solus septem sigilla imprimeret in aliquo testamento, Donel. *in l.* 21. *C. de testament. n.* 16. Ratio autem, cur Constitutiones Impp. voluerunt, quòd in hoc testamento mixto interveniret, & apponeretur subscriptio testatoris, fuit etiam, ut occluderetur via falsitatibus, & quòd quando dubitabatur de falsitate testamenti, recognosceretur

ſubſcriptio teſtatoris, quâ cognoſceretur teſtatorem voluiſſe talem conficere ultimam diſpoſitionem. Hoc tamen addiderunt Imperatores Theodoſius & Valentinianus *in d. l. hac conſultiſſima* 21. quòd ſi teſtator, qui teſtamentum condebat, literas ignorabat, & ſcribere neſciret, adhiberetur octavus teſtis, qui pro teſtatore ſubſcriberet teſtamentum, Vinnius in §. 3. *Inſt. de teſtam. n.* 2. quia aliàs maximum abſurdum in jure ſequutum fuiſſet, quòd ſcilicet ille, qui neſciret literas, ſeu ſcribere ignoraret, non poſſet teſtari, inteſtatúsque à fortiori decedere deberet, quod ſemper in jure fuit ignominioſum, §. 1. *Inſt. quibus ex cauſis manumittere non licet.*

III Hæc teſtium & teſtatoris ſubſcriptio aliquas patitur difficultates: Prima eſt ex *leg. fin. Cod. de teſtamentis*, in quo textu Imp. Juſtinianus conſtituit, quòd ſi inveniebantur ſeptem teſtes, quorum duo ſolùm ſcribere ſciebant, quinque autem literas ignorabant, quòd duo illi tales, qui literas ſciebant pro ſe, & pro aliis ſubſcriberent teſtamentum: Ergò in noſtro teſtamento mixto & ſcripto non requiritur, quòd omnes ſeptem teſtes ſubſcribant teſtamentum. Reſpondeo huic difficultati, dicendo, quòd lex *fin. in fine Cod. de teſtament.* eſt nova Conſtitutio Juſtiniani, & exceptio à regula generali legis *hac conſultiſſima* 21. *Cod. de teſtam.* in qua Juſtinianus loquitur de teſtamento facto à ruſtico non urbe, ſed ruri, cui remittit numerum teſtium, conſtituendo, quòd ſi non inveniantur plures quàm quinque teſtes, quinque ſufficiant; & quòd ſi ſolùm duo literas ſciant, poſſent iſti pro aliis ſubſcribere; & ratio fuit, quia in ruribus inter ruſticos inveniuntur pauci, qui literas ſciant, & excuſati ſunt, quia cùm dediti ſint la-

bori

bori terræ, & agriculturæ, literis vacare non possunt: Vide Donel. *ad l.* 21. *Cod. de testam. n.* 19. Mynsing. *in* §. 3. *de testam. n.* 7.

112 Secunda difficultas sit ex leg. *cùm antiquitas* 28. *Cod. de testamentis*, ubi dicit Imp. Justinianus, quòd si testator sua propria manu scribat testamentum, & in tabulis mentionem faciat, se suâ propriâ manu testamentum exarâsse, non requiritur, quòd testator vel alius ejus nomine subscribat testamentum: Ergò in hoc testamento scripto & solemni non requiritur subscriptio testatoris. Clarissima est solutio, & magìs postquàm Vinnius *in* §. 3. *de testament. n.* 3. eam tetigit, dicens, quòd dicta lex 28. continet novam Constitutionem Justiniani, quâ corrigitur in hoc lex *hac consultissima* 21. *Cod. de testament*; Videns enim Justinianus, quòd si testator suâ propriâ manu exarabat testamentum, & hoc in tabulis exprimebat, satis erat & sufficienter clausa Janua falsitatibus: hac de causâ constituit, quòd in hoc casu, quô testator suâ manu testamentum scribebat, & de hoc mentionem faciebat, non requireretur subscriptio testatoris; attamen in casu, quô testator faciebat alienâ manu scribi testamentum, adhuc requiritur testatoris subscriptio. Quæ Constitutio Justiniani descendit ex illa celebri Politica (quam homines præ oculis habere deberent) quod idem est scribere suâ propriâ manu aliquid sinè subscriptione, quàm cùm subscriptione scribere.

113 Tertia difficultas est contra omnes solemnitates hujus testamenti scripti & mixti ex *l. hac consultissima* 8. *C. qui testamenta facere possunt*, ubi in testamento requiruntur octo testes, & omnium octo testium subscriptio requiritur: Ergò requiritur in hoc nostro testamento scripto octo testium subscriptio, & non sufficit subscriptio septem testium.

Respondeo huic difficultati, quòd dicta lex *hac consultissima* 8. *C. qui testamenta facere possunt*, loquitur in casu speciali testamenti cæci, in quo aliquæ solemnitates requiruntur, quæ non desiderantur in regula generali testamenti scripti, seu mixti posita in leg. *hac consultissima* 21. *Cod. de testam.* Ratio igitur postulat, ut aliqua dicamus de testamento cæci ad expositionem *l. hac consultissima* 8. *C. qui testamenta facere possunt*, & §. *cæcus* 4. *Inst. quibus non est permissum facere testamentum.* In quo tanquam principale fundamentum hujus testamenti cæci mente tenendum est, quòd (relictâ illâ opinione, quòd cæcus de Jure Romanorum non potuit facere testamentum usque ad tempora Imperatoris Justini, qui formam dedit cæcis ad testandum) melior opinio est, quòd cæcus de jure antiquo, & tempore leg. 12. tab. poterat testamentum validum facere; ut sic scribit D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 22. *n.* 39. Fundatur hæc opinio in loco expresso Juris Consulti Pauli *lib.* 3. *Sentent. tit.* 4. §. *cæcus*, ubi dicit, quòd cæcus olim potuit testamentum facere. Comprobatur etiam ex *cap.* 27. *Genes.* ubi Isaac cæcus fecit testamentum, & relicto Primogenito suô Esau, reliquit hæreditatem suam filio suo secundo Jacob, & ei benedictionem dedit. Ratio autem cur de tempore l. 12. tab. & mediæ Jurisprudentiæ poterat cæcus testamentum condere, ùt tradit Retes ubi suprà, erat, quia cæcus erat Paterfamilias, pleni judicij, testes rogare poterat, eorum testimonium audire, familiam mancipare, & verba familiæ emptoris exaudire, quæ omnia erant solemnitates antiqui testamenti per mancipationem, seu per æs & libram. Sed tamen posteà Imp. Justinus Pater adoptivus nostri Imp. Justiniani, ùt fatetur Imperator in §. *cæcus* 4. *Inst. de testament.* ademit liberam illam,

illam, & absque solemnitatibus testamenti factionem Caecis; Nam cùm videret Imperator Justinus, quòd in testamento Caeci possent magis committi fraudes, quàm in aliis testamentis, ùt exemplum habemus in *Cap.* 27. *Genes.* ubi quia caligaverunt Oculi Isaac, & fuit factus Caecus, Jacob dolo abstulit fratri suo haereditatem, constituit in leg. *hâc consultissima* 8. *C. qui testamenta facere possunt*, quòd Caecus solùm possit condere validum testamentum, si interveniant Solemnitates relatae in *d. l. hac consultissima* 8. Prima solemnitas est, quòd Caecus non possit testari in scriptis, sed debet per nuncupationem, & vivâ voce ordinare suum testamentum: Unde testamentum Caeci dicitur mixtum participans partim de scripto, & partim de Nuncupativo, D. Bonaventura de Tristany *decis.* 45. *n.* 3. *tom.* 2. Secunda, quòd in testamento Caeci interveniant septem testes. Tertia, quòd isti septem testes subsignent, & subscribant testamentum. Quarta, quòd praeter istos septem testes adhibeatur octavus testis, qui Tabellio seu Notarius sit, & iste debet subscribere testamentum, & si non inveniatur Tabellio, quòd debeat pro illo octavus testis adhiberi. Quinta, quòd Caecus dicat coram testibus, fuisse ad hoc vocatos. Sexta quòd Caecus debet exprimere clara voce nomen haeredis. Septima, quòd postquàm Caecus suum testamentum nuncupativa voce dictavit coram septem testibus, & octavus testis tabularius eam in scripturam redegit, legatur illa scriptura coram testatore & testibus. Quae solemnitates inferuntur ex dicta *l. hac consultissima, C. qui testamenta facere possunt*; & approbantur à jure Regio *in leg.* 14. *tit.* 1. *part.* 6. de quibus, & de testamento Caeci omnes Institutistae *in* §. *Caecus inst. quibus non est permissum facere testament.* omnes repetentes ad d. l. *hac Consultissima* 8. Petrus

 Gre-

Gregor. *Sintagmat. jur.* 3. *parte lib.* 42. *cap.* 5. Connan. *lib.* 9. *cap.* 1. *n.* 3. & 4. Gomez *ad l.* 3. *tauri n.* 15. Azevedo *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *novæ recopilat.* Osuald. *lib.* 6. *com. cap.* 4. *lit. R.* Cevall. *pract. quæst. tom.* 1. *quæst.* 71. *n.* 3. Simon de Petris, Vasquius, Tondutus & alii citati à D. Bonaventura de Tristany *tom.* 2. *decis.* 45. ubi latè de hoc testamento Cæci agit. Quæ solemnitates cùm sint de forma substantiali, & essentiali dicti testamenti, & non probatoriæ, remitti non possunt, taliter, quòd nec per clausulam Codicillarem testamentum Cæci sinè his solemnitatibus sustineri possit. Tristany ubi suprà n. 27. nisi fuerit tale testamentum factum ad pias causas, ùt sic decisum in Regia Audientia refert Tristany ubi suprà n. 31. Undè si Cæcus coram Notario, & duobus vel tribus testibus suum condat testamentum in principatu Cathaloniæ, testamentum non valet, ut cum exemplari Senatus tradit idem Senator de Tristany ubi suprà n. 29. Solùm quæstio in hoc esse potest, utrùm Civis Bar. Cæcus debeat testari cum solemnitatibus juris, scilicet cum octo testibus, an verò possit testari secundùm dispositionem *cap.* 24. *privileg. recognoverunt Proceres*, cum Notario, & duobus testibus. In qua quæstione tenendum est, quòd ex communi Consvetudine & observantia Notariorum, Civis Barc. Cæcus possit testari secundùm dispositionem *cap.* 25. *dict. privileg.* absque solemnitatibus juris Civilis, eò quia privilegium *recognoverunt Proceres in d. cap.* 25. concedit omnibus Civibus Barc. quòd possent testari coram duobus testibus & Notario formâ, quam infrà explicabimus. Undè cùm loquatur tale Privilegium sinè distinctione Personarum, Cæco etiam concedendum est.

114 Quarta difficultas contra hanc subscriptionem te-

testium, & novam Impp. Theodosii & Valentiniani constitutionem in *l. hac consultissima* 21. *C. de testam.* insurgit ex textu in *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *ff. de testam.* & ex *l. singulos* 30. *ff. eod.* in quibus textibus de jure antiquo Digestorum Juris Consulti Paulus & Ulpianus mentionem faciunt de subscriptione testium in testamentis scriptis apponenda, & constat, quòd Juris Consultus Paulus & Ulpianus floruerunt multò tempore antè Impp. Theodosium & Valentinianum: Nam Juris Consultus Paulus, ùt tradit Mynsinger in *prin. tit. Inst. de hæred. Inst. n.* 3. floruit sub Imperio Imperatoris Alexandri anno à Nativitate Domini 223., & Theodosius, & Valentinianus regnarunt anno 379., ùt tradit Christianus Adricomius in sua Chronica in fine. Ergò ante Imp. Theodosium & Valentinianum jam in usu admissum erat, quòd testes subscriberent testamentum: Ergò malè gloriantur Theodosius & Valentinianus in *l. hac consultissima C. de testam.* se de novo introduxisse, quòd in testamento scripto apponerentur subscriptiones testium, & testatoris: ergò similiter malè dixit Justinianus in §. 3. *Inst. de testament.* quòd subscriptiones testium fuerunt introductæ ex novis Principum Constitutionibus, cùm hoc, ùt vidimus ex dictis textibus, jam fuerit in usu tempore mediæ Jurisprudentiæ. Gravissima est difficultas, & ea convictus Arnoldus Vinnius *in d.* §. 3. *inst. de testam. n.* 3. dicit incertum esse, quo tempore, & à quo Imperatore introductæ fuerunt hæ testium, & testatoris subscriptiones; Solùm fatetur, quòd ætate Juris Consultorum jam fuerunt introductæ subscriptiones testium, & sic difficultati respondeo ex doctrina D. Hieronymi de Oros *de apicib. jur. Civil. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 12. & *lib.* 5. *cap.* 7. *n.* 3. ubi pluribus exemplis probat, quòd Imperatores & præcipuè Justinianus gloriæ valdè

valde cupidi, sibi ipsis arrogârunt inventionem aliquarum decisionum, quas multò ante eornm Sæcula Juris Consulti suis responsis ediderunt, & pro Jure statuerunt, ùt exemplum habemus *in princ. tit. Inst. de nuptiis in §. aliquando fin. Inst. eod. in §. item major* 13. *Inst. de excusat. tutor, & Curator. in §. qua ratione* 47. *Inst. de rerum divis. in l. un. C. de usucap. transforman. in §. igitur* 1. *Inst. per quas personas in prin. tit. Inst. de militari testam. in §. erat olim fin. Inst. de donat.* & aliis, quos recenset Oros *d. cap.* 7. *per tot.* undè simili causa Imperatores Theodosius & Valentinianus in *d. l. hac consultissima*, 21. *C. de testam.* arrogârunt, & attribuerunt suæ Constitutioni subscriptiones testium, quæ ante jam fuerunt introductæ responsis Juris Consultorum. Alii ut honorem Justiniano, & Imperatoribus salvent, istas confusiones attribuunt Triboniano, dicendo, quòd in multis textibus Digestorũ Tribonianus alludendo ad novas Constitutiones Imperatorum intermiscet in textibus de jure veteri, ea quæ novis Constitutionibus sancita fuêre: Tu ex dictis solutionibus, quam volueris elige, tantis enim difficultatibus nec alias satisfacere possumus.

115 Sed adhuc non quiescimus in his solemnitatibus testamenti mixti & scripti: Nam præter Constitutionem Theodosii, & Valentiniani, adhuc Imperator Justinianus suam novam edidit Constitutionem. Jure enim anriquo, & tempore Theodosii & Valentiniani, seu *l. hac Consultissima* 21. *C. de testament.* observabatur, quòd testator in hoc testamento scripto non debebat palam, & coram testibus suam voluntatem declarare, sed poterat suum ultimum elogium in tabulis scribere, easque ligatas vel clausas testibus offerre signandas, dixi suprà n. 86. sed posteà Imperatoris Justiniani Constitutione additum fuit his solemnibus, & mixtis testa-

testamentis, quòd testator nomen hæredis in sua subscriptione, vel alia parte testamenti exprimat, vel si scribere nesciat, aut propter infirmitatem scribere non possit, nomen hæredis clarâ voce coram testibus nuncupet, ut testes nomen hæredis in subscriptione exprimant. Quæ Constitutio Justiniani habetur in *l. jubemus* 29. *C. de testam.* §. *sed his omnibus* 4. *Inst. eod.* Donel. *ad d. l.* 29. *C. de testam.* idem. *lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. e.* Ratio hujus Constitutionis adducta fuit à Justin. in d. §. *sed his* 4. *Inst. de testam.* in illis verbis: *propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur.* Nam ubi magis viget periculum, ibi cautiùs lex agit. *l. addictos C. de appellat. cap.* ubi periculum de Elect. in 6. Vivianus *de testam. ordinand. in prin.* Ant. Fab. *in papin. tit.* 7. *prin. un. illat.* 1. & 2. & cùm in testamentis propter lucrum hæreditatis, quod in eis relinquitur, detur multum periculum fraudis, ùt suprà exornavi, n. 88. hac de causa constituit Imperator Justinianus *in d. l.* 29. quòd testator vel se subscriberet in testamento, vel scriberet nomen hæredis. Secunda ratio est, quia olim inter antiquos modos instituendi hæredes, erat traditio annuli, ut ille, cui moriens annulum suum traderet, licèt voce nuncupatus non esset, hæres electus censeretur, ùt mentio fit in *l. cùm Pater* 77. §. *Pater pluribus* 21. *ff. de legat.* 2. Valerius Maximus *lib.* 7. *cap.* 7. Justin. *lib* 12. Quintus Curtius *lib.* 10. Hotmann. *disp. feudal. cap.* 22. Fornerius *lib.* 1. *select. cap.* 3. aliis Osuald ad Donel. *lib.* 6. *com. cap.* 10. *lit. d.* & hoc modo fraudes in hæredibus instituendis vitabantur; quâ simili de causa voluit Justinianus sua Constitutione, quòd testator nomen hæredis scriberet in tabulis, vel clarâ voce coram testibus exprimeret. Tertiò quia si testator non scriberet, vel non nuncuparet nomen hæredis, posset esse, quòd ille,

qui scriberet testamentum (si testator non sciret, vel non posset) infidus & parùm legalis unum pro alio hæredem scriberet ; Undè ad hoc evitandum voluit Justinianus in *d. l. 29. C. de testam.* quòd testator suâ manu in tabulis scriberet nomen hæredis, vel illud clarâ voce nuncuparet.

116 Sed ista, & aliæ supradictæ solemnitates (ùt minores aliquas difficultates solvam) sunt remissæ in aliquibus testamentis. Primò in testamento facto à Parente inter liberos, *l. 21. §. ex imperfecto C. de testament.* & ibi Donel. ità ut hoc testamentum inter liberos cum duobus solùm testibus valeat, *Novell.* 117. *Auth. quod sinè C. eod.* Julius Clarus §. *testam. quest.* 8. Mynsing. *lib.* 5. *obser. cap.* 28. Andreas Gail. *lib.* 2. *obser. cap.* 112. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. novis. cap.* 5. Vin. *lib.* 2. *select. cap.* 17. & *seqq.* idem Vinnius aliis citatis in §. *sed his* 4. *Inst. de testam.* Noster Jacobus Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 3. taliter, quòd si reperiatur aliqua schedula disponens inter liberos, & continens Patris voluntatem, scripta, vel subscripta manu Patris, licèt sinè testibus continens diem, & nomina liberorum, & quid cuilibet filio relinquatur, valet tanquam legitimum patris testamentum, Authen. *quòd sinè C. de testam.* Jul. Clar. *in §. testamentum quest.* 14. latè aliis citatis noster Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 4. *à n.* 4. Secundò sunt remissæ prædictæ solemnitates in testamento facto ad pias causas, cap. *cùm esses*, cap. *relatum el primo de testam.* Bald. & Jason. *in l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* Didacus Covartuvias in d. cap. *relatum à n.* 1. Donel. *ad l.* 21. *C. de testam. n.* 19. Cancer. *Var. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 3. Tertiò in testamento rustici remissæ sunt solemnitates hujus testam. *l. ult. C. de testam.* Donel. *in l.* 21. *C. eod. n.* 19. Vinnius *in* §. 4. *Inst. de testam.* dixi suprà n. 111. aliis citatis Osuald. *ad Donel. lib.* 6. *Com. cap.* 9. *lit. E.* pluribus.

D. Do-

D. Dominicus Antunez de Portugal. *de Donationibus tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 16. *à n.* 17. Quartò in testamento facto tempore pestis, *l.* 8. *&* 9. *C. de testam.* & ibi Donel. Vinnius *in* §. 4. *Inst. eod.* Mynsing. *lib.* 1. *obser. cap.* 96. Gail. *lib.* 2, *obser. cap.* 118. Pechius *lib.* 3. *de testam. Conjug. cap.* 18. Jur. Clar. §. *testamentum quest.* 56. *n.* 3. Christin. *Volum.* 4. *decis.* 6. *n.* 5. Decius *cons.* 284. *n.* 5. *Volum.* 2. Vivian ad tit. *de testam. in prin.* Osualdus *ad Donel. lib.* 6. *cap.* 9. *lit. F.* pluribus Portugal. *de Donatio. tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 16. *à n.* 32. Quintò in testamento posteriore, in quo sunt instituti hæredes venientes ab inteftato, *l.* 21. §. *si quis C. de testam.* & ibi Donel. *l.* 2. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testamento.* Vinnius *in* §. 4. *Inst. de testam.* alios casus invenies apud Jason. *in l.* 2. *C. de bon. poss. secund. tab. n.* 11. *&* 12.

Ad majores igitur deveniamus difficultates 117
contra dictam Constitutionem Justiniani in *l. jubemus* 29. *C. de testam.* & §. 4. *Inst. eod.* Primò enim videtur obstare, quia si testator in testamento scripto deberet scribere nomen hæredis, vel illud coram testibus clarâ voce exprimere, sequeretur maxima confusio inter testamentum scriptum, & nuncupativum; nam sicut in testamento nuncupativo testator clarâ voce coram testibus exprimit nomen hæredis, ità etiam in hoc testamento scripto testator nomen hæredis exprimere deberet, si litteras ignoraret. Secundò quia per hanc Constitutionem Justiniani destrueretur finis, propter quem testamenta scripta usu introducta fuerunt: finis enim introductionis testamenti scripti fuit, ut testator nomen hæredis, & suam ultimam voluntatem testaret, dixi suprà n. 72. quod non consequeretur, si testator exprimeret clarâ voce nomen hæredis. Tertiò: quia si testator exprimebat nomen hæredis, illi qui sperabant se esse hæredes,

& testamento factô videbant nihil hæreditatis ad eos pervenire, odium contra testatorem concipiebant, Osuald. *ad Donel. lib. 6. cap.* 10. *lit. a.* Quartò, quia si testator exprimebat nomen hæredis, illi, qui certò sciebant se institutos esse, habebant votum captandæ mortis, Osual. ubi suprà. Quibus difficultatibus respondetur, & primæ de confusione inter testamentum scriptum, & nuncupativum, dicendo, quòd adhuc suppositâ dictâ Justiniani Constitutione de expressione nominis hæredis, datur, & remanet differentia inter testamentum scriptum, & nuncupativum, scilicet, quòd quamvis convenirent in exprimendo nomen hæredis, differebant tamẽ, quòd in testamẽto scripto dabantur tabulæ scriptæ, signacula testium, & subscriptiones, in quibus scribebatur nomen hæredis nuncupatum à testatore, quæ solemnitates substantiales non interveniebant in testamento nuncupativo. Aliis tribus rationibus dubitandi respondetur unicâ solutione, dicendo, quòd cùm ex duobus malis minus malum eligendum sit, *l. quoties nihil* 200. *de reg. jur. cap.* 1. *&* 2. *distinc.* 3. cum adductis à Tiraquello *de Nobilitat. cap.* 31. *n.* 547. Cicero *in Orat. ad Quintum fratrem*, Plautus *in Sticho act.* 1.

E malis multis malum, quod minimum est,
Id minimum est malum.

Menoch. *de præsump. lib.* 5. *præsump.* 2. *n.* 24. Vasquius Menchac. *controv. cap.* 48. *n.* 2. Pater Sanchez *de matrim. lib.* 7. *disp.* 11. *n.* 15. & aliis D. Josephus Vela *dissert.* 4. *n.* 51. & minora mala sint omnia supradicta, scilicet revelare secretum testamenti, odium non institutorum, & votum captandæ mortis institutorum, quam tantæ fraudes, quæ possunt in testamentis intermisceri; hâc de causa Justi-

stinianus, ut ipse ait, propter sinceritatem testamenti, & ut nulla fraus adhibeatur, constituit, quòd testator deberet in tabulis scribere nomen hæredis, vel illud clarâ voce proferre, & nuncupare.

Solvamus nunc aliqua argumenta contraria huic Justinianeæ Constitutioni. Opponunt primò aliqui contrà *d. l.* 29. *C. de testam.* & §. 4. *Inst. eodem*, textum in leg. *asse toto* 77. *ff. de hæred. instit.* in quo textu talem celebrem proponit Papinianus facti contingentiam: Titius Paterfamilias Civis Romanus in suo ultimo, quod condidit voluntatis elogio, distributo semisse hæreditatis inter alios hæredes, hanc fecit alterius hæredis institutionem: *Quem hæredem Codicillis fecero, hæres esto.* Et posteà in Codicillis Titium hæredem instituit, dubitatum fuit statim apud Papinianum, utrùm illa hæredis institutio jure valeat, & quid consequatur talis hæres ex illa hæreditate? cui dubio acutissima mente respondet Consultus, quòd illa institutio valida est, & quòd ille hæres habebit residuum Assis, id est alium Semissem hæreditatis: Sic ponderant decisionem: In hac *lege* 77. habemus hæredem institutum, cujus nomen nec scriptum, nec nuncupatum fuit in testamento, sed solùm in Codicillis; sed asseverat Consultus, quòd illa institutio jure est valida: Ergò testator non debet in tabulis testamenti scribere nomen hæredis, nec illud clarâ voce nuncupare. Hæc lex, quamvis sit de jure antiquo Digestorum, sicque nihil videatur pugnare cum nova Justiniani Constitutione; tamen quia in hoc reincidit alia difficultas, quòd scilicet jure antiquo Digestorum in testamento scripto requirebatur, quòd nomen hæredis scriberetur, si non manu testatoris, saltèm aliena, ideò alia quærenda est solutio. Quæ facilis est, 118

& ex ipſo textu dimanans, quòd in dicta lege 77. *ff. de hæredibus Inſtit.* quamvis teſtator in teſtamento non ſcripſerit, neque expreſſerit nomen hæredis, illud tamen in Codicillis expreſſit, dicendo: *Titium hæredem inſtituo*; quod ſufficit, ut ritè & rectè ſit confectum teſtamentum. Sed
119 ſtatim oculis ex ipſo textu obviat non levis dubitandi ratio, quia certiſſimum eſt principium in noſtro jure, quòd hæreditas in Codicillis neque dari, neque adimi poteſt, §. *Codicillis* 2. *Inſt. de Codicillis l.* 10. *ff. de Jur. Codicil. l.* 2. *C. eod. l.* 76. *ff. ad SC. Trebellianum l.* 2. §. *ult. ff. de Jure Codicillor. l. pen.* 5. 1. *C. de neceſſariis ſervis hæredibus inſtituendis. l.* 4. *Cod. de his, quæ ut indig. l.* 14. *C. de teſtament. l. Divi* 6. *ff. de Jur. Codicil.* Zannetus *in trac. de Romano Imperio n.* 23. Vaſquius Menchac. *lib.* 3. *de ſucceſſ. creat.* §. 25. *n.* 9. Connan. *lib.* 9. *com. cap.* 7. *n.* 2. Donel. *in leg.* 2. *de Codicill.* idem *lib.* 7. *com. cap.* 19. *lit. N.* & ibi Oſuald. D. Joſephus Retes *lib.* 3. *opuſc. ad L. ult. ad leg. Falcidiam n.* 1. *in fine*, Merenda 1. *controv. lib.* 3. *cap fin.* Bartholomæus Cheſius *lib.* 1. *interp cap.* 17. *n.* 6. Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 5. *cap.* 3. *n.* 2. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 22. Magon. *deciſ. florentin.* 4. Gratianus *tom.* 5. *diſcep. cap.* 902. Nob. Senator. D. Bonaventura de Triſtany *tom.* 2. *deciſ.* 31. *n.* 20.; ſed ſi inſtitutio ſecundũ legem 77. *ff. de hæred. Inſt.* eſſet valida, ſequeretur, quòd hæreditas in Codicillis daretur, cum inſtitutio illa fuerit in Codicillis facta: ergò inſtitutio legis *Aſſe toto* 77. *ff. de hæred. Inſt.* jure valere non poteſt. Huic difficultati communiter reſpondent AA., Vinnius in §. *Codicillis* 2. *Inſt de Codicillis n.* 1. quòd quamvìs inſtitutio hæredis, & exhæredatio in Codicillis fieri non poſſit, tamen declaratio hæredis poteſt fieri in Codicillis, cùm dicta declaratio ſit quid extrinſecum inſtitutioni jam factæ ad differentiam Conditionis, quæ quia

quia intrinſeca inſtitutioni, non poteſt in Codicillis apponi, *l. Divi 6. ff. de Jur. Codicill.* §. 2. *Inſt. eodem*, & cùm in d. l. *aſſe toto* 77. inſtitutio jam fuerit facta in teſtamento, licét illius declaratio collata & facta fuerit in Codicillis: hâc de cauſa jure valuit dictæ *legis* 77. Inſtitutio. Secundò reſpondetur ex doctrina Conſulti in *d. l.* 77. quôd quamvìs teſtator in eo textu in Codicillis dixerit: *Titium hæredem inſtituo*, tamen hæreditas ex teſtamento data videtur, ut utar verbis Conſulti *in d. l.* 77., quia cùm relatum ſit in referente cum 220
omnibus ſuis qualitatibus, út inferunt AA, ex d. l. *aſſe toto* 77. *ff. de hæred. inſtituend.* Alexand. *cons.* 66. *lib.* 1. Cæphal. *cons.* 156. *n.* 42. *lib.* 2. Carol. de Graſſis *de exception. excep.* 13. *n.* 23. cum ſeqq. Tiraquel *in leg. connub. glos.* 7. *n.* 182. Simon de Pretis *de interp. ult. volunt. ſolut.* 2. *ex n.* 155. *fol.* 269. Caſanatte *cons.* 56. & 57. Sotomayor. lib. 4. cap. 43. Font. *de pact. nuptial. tom.* 1. *claus.* 4. *glos.* 18. *part* 2. *n.* 22. & quomodo talis regula intelligatur, idem *claus.* 5. *glos.* 10. *part.* 2. *n.* 18. alios referens; pluribus D. Joſephus Vela *diſert.* 24. *n.* 3. noviſſimè D. Bonaventura de Triſtany Cathal. Senator *tom.* 2. *deciſ.* 31. *n.* 28. & *ſeq.* & teſtator inſtituendo hæredem in teſtamento, retulerit ſe ad Codicillos, Codicilli ſunt cum omnibus ſuis qualitatibus in teſtamento, & ſic hæreditas ex teſtamento data videtur. Sed adhuc contra ſupra dicta inſurgit fortiſſima difficultas, quia certum eſt principium apud ſuprà citatos Authores in hac materia referentis & relati, quod referens capit totam ſuam vim atque interpretationem à relato, l. *ſi ità ſcripſero* 38. *ff. de condition. & demonſtr.* Caſanatte *cons.* 50. *n.* 28. Caſtillo *lib.* 4. *controv. cap.* 43. *n.* 1. ità ùt non agatur ex referente, ſed ex relato. Fontanella *tom.* 2. *de pact. claus.* 5. *glos.* 10. *part.* 2. *n.* 18. ſed

sed in d. l. *asse toto* 77. *ff. de hæred. Inst.* testamentum est referens, & Codicilli sunt relatum: Ergò testamentum capit totam suam vim à Codicillis, quod est contra generalem doctrinam Consulti in *l. si quis* 3. §. 1. *ff. de Jure Codicill.* ergò in *d. l.* 77. non agitur ex testamento referente, sed ex Codicillis, relato; sicque hæreditas non videtur data ex testamento, sed ex Codicillis: Tum quia si institutio in testamento facta in d. l. 77. est referens, & institutio in Codicillis est relatum, institutio testamenti capit suam vim ab institutione facta in Codicillis, & ex ista agitur secundùm principia supra dicta: sicque institutio illa facta in Codicillis nedum erit declaratio institutionis factæ in testamento: sed illius substantialis constitutio. Quâ difficultate tortus diù excogitavi solutionem, & putavi sic dissolvi posse, dicendo, quòd illa regula inducta ab Authoribus ex leg. *si ità scripsero* 38. *ff. de condit. & demonstr.* quòd referens capit suam vim à relato, intelligitur, quòd referens capit suam vim à relato interpretativam & declarativam, non autem quòd capiat suam vim substantialem, & constitutivam, & quod ex relato agitur tanquam ex interpretatione, & declaratione, non tanquam ex essentiali constitutivo: Sicque in d. l. jure valere potuit institutio.

121 Secundò opponitur contra Constitutionem Justiniani in *d. l.* 29. *Cod. de testam.* & §. 4. *Instit. eod.* Textus in leg. *Si palam fin. ff. de jure Codicillorum*, in quo textu fuit casus, quòd aliquis testator palam nuncupavit hæredem Titium, & in tabulis legata quædam scripsit, dubitatum fuit apud Consultum, utrùm illæ tabulæ, in quo sunt scripta legatum, sint Codicilli, an verò testamentum? & respondet Consultus, quòd illæ tabulæ sunt Codicilli, & non testamentum. Sic ponderatur talis

deci-

decisio : In hac lege *fin. ff. de jure Codicillorum* , habemus testatorem , qui coram testibus, & clara voce hæredem nuncupavit,faciendo testamentum; Sed ta lis lex fin. est de jure antiquo Digestorum. Ergo de jure antiquo ante Justiniani Constitutionem jam testator debebat nomen hæredis coram testibus clarâ voce nuncupare : Ergò malè gloriatur Justinianus in sua leg, 29. *Cod. de testam.* & *in* §. 4. *Inst. eod.* se hoc de novo sua Constitutione introduxisse. Cui difficultati respondetur, quòd in *d. l. fin. de jure Codicillorum*, testator fecit testamentum nuncupativum, in quo nomen hæredis palam debebat de jure antiquo nuncupare *l.* 21. §. *per Nuncupationem, C. de testament.* §. *fin. Inst. eod.* dixi suprà à n. 71. & quamvis in *d l. fin. de jure Codicil.* testator fecerit tabulas , in quo legata reliquit, tamen illæ tabulæ non erant testamentum , sed Codicilli , cùm in eis non daretur hæredis institutio. Sicque nihil ante Justinianum in testamento scripto de nuncupatione hæredis observabatur. At si petas quomodo Codicilli in tabulis scripti possunt accipere vires à testamento nuncupativo ? Respondetur, quòd si Codicilli facti sinè testamento, & ab intestato per se stant, & à se ipsis vires capiunt §. 1. *Inst. de Codicillis*, Vinnius *in d.* §. *n.* 1. multò melius Codicilli facti juxta *d. l. fin. de jur. Codicillorum*, vel à se ipsis, vel à testamento nuncupativo vires accipere possunt.

Tertiò opponit Donellus in *l.* 29. *Cod. de testamentis* contra dictam legem textum in leg. *hac Consultissima* 21. *Cod. de testam.* ubi Theodosius & Valentinianus dixerunt, quòd potest totum testamentum scribi vel manu propria testatoris, vel manu alienâ; quomodò propterea hoc compatitur cum leg. 29. *Cod. de testament*? Si testator enim suâ propriâ manu debet in tabulis scribere nomen hæredis , 122

 non

non poterit facere ſcribere totum teſtamentum manu alienâ. Satisfacit Donellus ubi ſuprà Antinomiæ, dicendo, quòd lex 21. *C. de teſtamentis* corrigitur per legem 29. *Cod. eod.* & quòd ſuppoſitâ Juſtiniani Conſtitutione in d. l. *Jubemus* 29. *C. de teſtam.* non poteſt teſtamentum, aut ſaltèm inſtitutio hæredis aliena manu ſcribi, ſed propriâ manu teſtatoris.

123 Sed neſcio quid voluit facere Juſtinianus in d. l. *jubemus* 29. *Cod. de teſtamentis*, ſi poſteà in Authentica, *& non obſervato ſubſequenti, Cod. eodem.* & *Novella* 119. *cap.* 9. totum jus d. leg. 29. mutavit; Ad quid igitur profuit Conſtitutio d. leg. 29. ſi ſtatim fuit correcta per Authenticam ſubſequentem? Niſi dicam, quòd Juſtinianus ùt prudens mutavit conſilium, optimum in hoc Principibus exemplar, quòd cum Principes poſſint errare, non debent eſſe tenaces in ſuis Conſtitutionibus: Sed cognitâ meliori ratione ſtatim debent eas mutare. Duo exempla habemus in Sacra Scriptura illorum, qui mutaverunt conſilium: *Geneſis cap.* 37. Judas mutavit conſilium iniquum de occidendo fratrem ſuum Joſeph; Propheta Nathan. *in lib.* 1. *Paralipomenon. cap.* 17. poſtquàm dedit Conſilium David de ædificando templo Dei, nocte illud mutavit. Aulus Gellius *lib.* 18. *Noct. Attic.* hæc profert: *Malum eſt conſilium quod mutari non poteſt.* Imperator enim Juſtinianus hanc politicam ſequutus, poſtquàm

124 in *l. jubemus* 29. *Cod. de teſtament.* & §. 4. *Inſt. eod.* conſtituit, quòd teſtator in teſtamento ſcripto, & mixto deberet ſuâ propriâ manu in tabulis ſcribere nomen hæredis, vel illud clarâ Voce coram teſtibus nuncupare, videns hoc eſſe periculoſum in teſtamentis ſcriptis propter rationes ponderatas n. 117. & meliùs eſſe, quòd ultima voluntas non reveletur ante mortem teſtatoris, novâ Conſtitutio-

tione editâ in Auth. *& non observato Cod. de testam.* & Novella 119. *cap.* 9. correxit suam Constitutionem *in l.* 29. promulgatam de nuncupatione hæredis palam testibus, & totam solemnitatem testamenti reduxit ad antiquas solemnitates leg. *hac Consultissimâ* 21. *Cod. de testam.* Solùm reprehensione dignus est Tribonianus in §. *sed his* 4. *Inst. de testament.* quia sciens tale jus correctum esse circa hæredis nuncupationem in testamento scripto, absolutè Constitutionem Justiniani in *leg.* 29. *Cod. de testament.* retulit absque eo quòd de ejus correctione fecerit mentionem.

Jam vidisti tantam mutationem Juris Romanorum circà solemnitates testamentorum; Sed adhuc in hoc Gentes non quieverunt, & varia adhuc circà testamentum constituta fuêre: Jure Canonico Pontifex in Cap. *cùm esses de testamentis* novam formam, & solemnitatem in condendis testaments de novo adduxit: reprobans enim Alexander III. in d. Cap. *cùm esses* 10. *de testam.* generalem Constitutionem Juris Civilis circa septenarium numerum testium, fundante se in Jure Divino & ex illo *Deuteronom. cap.* 19. *&* 17. & *Matthæi cap.* 18. *in ore duorum vel trium stabit omne verbum.* D. Paulus 1. *ad Corinth. cap.* 12. constituit, quòd testamentum factum cum duobus testibus, & cum assistentia Parochi validum esset. Ità habetur in *cap.* 4. *cap. relatum* 11. *de testament.* cap. *in omni negotio*, cap. *licet universis de testib.* cap. *foras de Verb. signif.* cap. *novit. de Judiciis* cap. *veniens* 10. *cap.* 22. cap. *à nobis de testib.* cap. *si testes* §. *ubi numerus* 4. *quest.* 3. cap. *fin.* 35. *quest.* 6. & de jure Civili concordare videntur l. *ubi numerus ff. de testib. l.* 3. *Cod. de Naufragiis lib.* 11. exornant Connanus *lib.* 9. *com. cap.* 2. *n.* 4. Osuald. *ad Donel. lib.* 6. *com. cap.* 7. *lit. f. in fin.* Moller. *lib.* 3. *sem. cap.* 44. Anton. Gomez *in*

l. 3. *tauri n.* 18. Velaſcus *tom.* 1. *conſult.* 74. *n.* 2. Fachin. *lib.* 6. *controv. cap.* 47. Julius Clarus §. *teſtamentum queſt.* 57. Spino *de teſtam. gloſ.* 31. *principali n.* 34. Menochius *de præſump. lib.* 1. *præſum.* 80. *n.* 21. Illuſtris Didacus Covarruvias in tit. *de teſtam.* in hoc cap. *cùm eſſes* 10. Cenedo *in Collectaneis ad Decretal. Collect.* 91. & 195. Barboſa in cap. *cùm eſſes n.* 2. D. Antonius Grananieto in d. cap. *cùm* eſſes, aliis de more citatis D. Emanuel Gonzales Telles in d. cap. *cùm eſſes* 10. *de teſtamentis.* Rubeus *de teſtament. cap.* 33. 34. & *ſeq.* latiſſimè.

125 Rationes autem hujus Conſtitutionis Alexandri III. in d. cap. *cùm eſſes* 10. *de teſtamentis* fuêre: Prima; quia juxta dictum Sacræ Scripturæ & Chriſti Domini noſtri duo teſtes ſufficiunt in qualibet re, & negotio juxta illud: *in ore duorum vel trium ſtat omne verbum. Deuter. cap.* 17. & 19. *Matthæi cap.* 18. D. Paulus 1. *ad Corinth. cap.* 12. & ſic in teſtamento etiam duo teſtes cum aſſiſtentia Parochi ſufficient. Neque in hoc contraria conſuetudo cujuslibet Regionis aliquid proderit, eò quia conſuetudo jure naturali & divino contraria nulla eſt *cap. fin. de Conſuetudine cum vulg. cap. ult. de præſcrip. cap. ex frequenti de Inſtitut. cap. denique diſtinct.* 4. Suarez. *lib.* 7. *cap.* 7. & 19. Ant. Gomez *in l.* 8. *tauri n.* 47. & 63. Sahagun. *in cap. fin. de Conſuetudine*, Sotus *de juſt. & jur. lib.* 1. *queſt.* 2. *ab artic.* 1. D. Thomas 1. 2. *q.* 94. *tot.* Noviſſimè pluribus P. Mag. Franciſcus de la Laſtra *in d. cap. fin. de Conſvetud. in repetitione n.* 40. & *queſt.* 4. *à n.* 62. Sed Conſvetudo, quòd in teſtamentis ſeptem teſtes vel quinque requirantur eſt contra Jus divinum in *d. cap.* 17. & 19. *Deuter.* Ergò talis conſvetudo non poteſt valere & derogatur in d. cap. *cùm eſſes de teſtam.*

126 Secunda ratio, quia ex illo rigore Juris Civilis requirentis ſeptem teſtes in teſtamentis ſæpè ſæ-

sæpius sequebatur, quòd voluntates defunctorum negligebantur, & testamenta remanebant imperfecta, Grannanieto in d. cap. *cùm esses n.* 2. eò qnia non faciliter inveniebantur septem testes, qui intervenirent in testamentis. Tertia ratio, quia Jus Canonicum ex assistentia & præsentia Parochi, qui Persona veridica & fide digna est, præsumit, quòd testes illi duo nullam falsitatem in testamento committere possunt, Granna Nieto ubi suprà; tum quia si Parocho committitur cura Animarum, *Matthæi cap.* 16., quod est majus, multò meliùs ei debet committi bonorum cura, quod minùs est., Paulus Rubeus *de testam. cap.* 33. *n.* 2. pluribus exornat Viviannus *in rational. Jur. Canon. in d. cap. cùm esses de testam. à n.* 1. quod procedit etiam si Parochus, seu Presbyter præsens fuerit, ut Notarius in testamentis (nam hodie Parochus in sua Parochia testamenta parochianorum accipere potest, ùt insinuat Covarruvias in cap. *cùm esses* 10. *de testament. n.* 12. Rubeus *de testament. cap.* 34.) quia testamentum cum duobus testibus valet. Parisius *Cons.* 50. *Vol.* 3. Covarruvias *ubi suprà n.* 12.

Varias intelligentias & interpretationes excogitârunt Authores huic cap. *cùm esses* 10. *de testament;* Veriorem declaremus. Quidam, ùt notat Tiraquellus *de privileg. piæ Causæ in præfatione*, dicunt, quòd dispositio Pontificis in d. cap. *cùm esses.* Intelligitur, & procedit in testamentis ordinatis favore Ecclesiæ, vel piæ Causæ, in quibus, quia multa favore piæ Causæ specialiter in Jure admittuntur, ut notat Tiraquellus ubi suprà, duo testes cùm assistentia Parochi sufficiunt. Sed hanc intelligentiam rejiciunt Vinnius in §. 4. *Inst. de testam. in fine.* Covarruvias in d. cap. *cùm esses n.* 12. Grannanieto ibidem *n.* 3. tum quia cap. *cùm esses* 10. de te- 127

 stam.

stam. generaliter & sine distinctione loquitur, & ubi lex generaliter & sinè distinctione loquitur, nec nos distinguere debemus *l. de pretio ff. de public. in rem actio.* Fontanella *decis.* 218. *n.* 3. *tom.* 1. & *decis.* 240. *n.* 3.; & quòd lex non dicit, nec nos dicere debemus *l. illam Cod. de Collat.* & ibi Jason, Surdus *decis.* 220. *n.* 10. *tom.* 1. & *decis.* 157. *n.* 14. *tom.* 1.; tum quia de testamento ad pias causas jam loquitur Pontifex in cap. *relatum, & seq. de testam.*, & sic in cap. *cùm esses* de omnibus testamentis loquitur. Tandem quià Alexander III. in d. cap. *cùm esses* reprobat generalem consuetudinem de septem testibus in testamento adhibendis ex illo *cap.* 19. *Deuter. in ore duorum vel trium stat omne verbum*, quæ ratio non solùm procedit in testamentis ad pias causas, sed in omnibus testamentis. Alii, ùt Andreas Alciatus *in capit. novit. de Judiciis n.* 47. dicunt, quòd dispositio Alexandri III. in d. cap. *cùm esses, de testam.* procedit in foro Conscientiæ interiori, non autem in foro Judiciali, quem reprobant Covarruv. in d. cap. *cùm esses n.* 12. Grammnicto *in eod. cap. n.* 3. Rubeus *d. cap.* 33.

128 Undè rejecta alia intelligentia Cenedi *in collectan. collect.* 159. melior & verior intelligentia hujus nostri cap. *cùm esses* 10. *de testam.* quam adduxerunt Glos. Joan. Andreas, Cardinalis in d. cap. *cùm esses* Corneus *cons.* 77. *vol.* 1. & *cons.* 261. *vol.* 4. Carol. Ruin. *cons.* 14 *vol.* 2. *n.* 4. Boer. *decis.* 93. Covarruvias Barbos. Granya *ad d. textum.* Fachineus *lib.* 6. *controv. cap.* 47. est, quòd dispositio Alexandri III. in d. cap. *cùm esses* 10. *de testam.* quòd scilicet testamentum factum coram duobus testibus, & Parocho validum est, solùm procedit in illis provinciis & regionibus, quæ sunt subjectæ Romano Pontifici quoad Jurisdictionem tam spiritua-

ritualem, quàm temporalem; non verò in illis terris, quæ ſunt Imperij vel alterius Principis ſæcularis, in quibus ſi conſuetudo eſt, quòd in teſtamento ſeptem teſtes adhibeantur, non procedit diſpoſitio capituli *cùm eſſes de teſtam.* ùt benè Grannanieto ubi ſuprà n. 3. & in cap. *in omni negotio* 4. *de teſtibus n.* 7.

Verum equidem eſt, quòd hæc diſpoſitio 129
Alexandri III. in d. cap. *cùm eſſes* 10. *de teſtament.* de teſtamento ſcilicet coram duobus teſtibus cum aſſiſtentia Parochi, uſu & conſuetudine recepta eſt ab omnibus fere Chriſtianorum Provinciis, Nicolaus Boerius *deciſ.* 93. Corneus *cons.* 261. *colum. fin. vol.* 4. Ruin. *cons.* 14. *n.* 4. *volum.* 2. Didacus Covarruvias in cap. *cùm eſſes* 10. *de teſtam. n.* 12. Jacobus Cancer. *Var. cap.* 20. *lib.* 3. *Var. n.* 409. Undè in tota fere Cathal. recepta eſt Pontificia Conſtitutio, & quod in qualibet re & in teſtamentis, duo, aut tres teſtes ſufficiunt, ùt ſic habetur in Uſatico *accuſatores* vers. *dos. & tres teſtimonis* 3. *tit. de teſtam.* & ibi Jacobus de Monte Judaico & Guilielm. de Valſe. ut cum exemplari ſenatus probat Cancer. *Var.* 1. *cap.* 4. *n.* 2. *& pag.* 3. *cap.* 20. *n.* 409. Fontanella *deciſ.* 361. *n.* 9. *tom.* 2. Quamvis non deficiant aliquæ Civitates Provinciæ & loca, in quibus non eſt recepta hæc Pontificia conſtitutio: In Urbe Romæ propter ſtatutum ibi à ſummis Pontificibus approbatum non ſufficiunt duo teſtes, ſed requiruntur ſeptem in teſtamentis, ut cum deciſionibus Rotæ probat Romanus IC. Paulus Rubeus *de teſtam. cap.* 35. & de aliis negotiis Farinacius *trac. de teſtib. q.* 30. *oppoſit.* 41. *n.* 117. Fontanella *deciſ.* 361. *n.* 15, In Regno Caſtellæ duo teſtes non ſufficiunt, ſed ſecundùm Juris Civilis diſpoſitiones ſeptem teſtes in teſtamentis deſiderantur. *l.* 3. *Tauri l.* 1. *&* 2. *tit.* 1. *p.* 6. Antoni-

us

us Gomez *in d. l. 3. Tauri n.* 24. Spino *de testamentis glos.* 21. *prin. n.* 34. Covarruvias in cap. *cùm esses n.* 1. D. Ant. Grannanieto in cap. *cùm esses n.* 4. In aliquibus partibus Cathaloniæ, utpote in aliquibus locis Perpiniani, Tarraconæ & Dertusæ jus commune de septem testibus servatur, ùt refert Jacobus Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 20. *n* 409. Nec per hoc istæ Provinciæ & Civitates contrariantur Doctrinæ Evangelicæ *in cap.* 19. *Deuter.* & Pontificiæ in cap. *cùm esses* 10. *de testament.* quia prætérquàm quòd lex humana & positiva potest ex justa causa & communi utilitate (qualis est, ut tantas fraudes in testamentis occludantur) Jus Divinum declarare, Gomez & Spino locis supra citatis, dicendum est. Legem Divinam in *cap.* 19. *Deuter.* non reprobare ampliorem numerum duorum aut trium testium, & quòd plus quàm tres non possint adhiberi, aliàs multùm pateretur constitutio 1. *sub tit. de testim. cap.* 91. *Constitut. Cathal. anno* 1585. ubi taxatus fuit numerus testium in judiciariis negotiis, quòd non possint plus quàm decem adhiberi, Fontanella *decis.* 361. *&* 362. *tom.* 2. quia certè possunt ex dicta Constitutione plus quàm tres, scilicet decem testes adhiberi, sed solùm reprobare unicum & singulare testimonium, ne quis unico damnetur testimonio. Grannanieto *in nostr. cap. cùm esses n.* 4. *in fine.*

130 Sed quidquid sit de hac DD. opinione super dicto cap. *cùm esses* 10. *de testamentis* & relictis pluribus argumentis probantibus consuetudinem contra Jus Naturale, aut divinum valere, quæ adducit & solvit P. M. Franc. dela Lastaa *in suis Canonicis recollectio tit.* 4. *de consuetud. in cap.* 10. *&* 11. *q.* 4. Obstabis primò, quia duo testes multoties de falso deponunt, & corrupti sunt, ùt constat ex *lib.* 3. *Reg. cap.* 21. ubi duo testes contra Naboth fal-

falsum deposuerunt. Tertiò *ex cap.* 26. *Matthæi*, ubi duo falsi testes contra innocentissimum JEsum D. N. falsum deposuerunt: Ergò non semper verum est duorum hominum testimonium, & per consequens testamentum coram duobus testibus, & Parocho factum non valebit. Respondetur huic objectioni ex doctrina D. Ant. Grannanieto in cap. *in omni negotio* 4. *de testib. n.* 5. dicendo, quòd non ideò lex Divina *Deuther. cap.* 17. & 19. *Matthæi cap.* 18. *Joannis cap.* 8. *vers.* 17. requirit, & approbat numerum duorum testium, quia duorum testium testimonium infallibile semper & veridicum sit, nàm contrarium ex textibus supradictis sæpe sæpiùs constat, & ex ampliori numero testium securior est probatio; sed ideò binarium vel ternarium numerum testium sacra Scriptura exigit, quia in omni negotio numerus duorum testium faciliter inveniri potest, & ex duobus testibus veritas manifesta remanet. Prætereà quia iste metus falsitatis duorum testium jam non est timendus in hoc nostro Canonico testamento; quia cùm in hoc testamento assistat Parochus, persona tam fide digna, & veridica, non timetur falsitas duorum testium, Paulus Rubeus *de testam. cap.* 33. *n.* 2. Sicque securum erit hoc testamentum Alexandri III. in d. cap. *cùm esses.*

Secunda difficultas oritur ex *cap.* 18. *Matthæi*, 131
cujus verba referuntur in cap. *in omni negotio* 4. *de testib.* Sic ait Evangelista: *Si peccaverit in te frater tuus, corripe eum inter te, & ipsum solùm; quod si te non audierit, adhibe tecum unum, vel duos testes*, ut *in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Quæ verba Evangelistæ, & decisio *d. cap.* 4. *de testibus* sic ponderatur cum Lastra *in d. cap.* 4. *de testib. n.* 42. versic. *Tertium:* quia quando aliquis Evangelica denunciatione aliquem accusat, solùm intervenit unus

testis juxtà illud Evangelistæ : *Adbibe tecum unum vel duos testes*; sed talis probatio legitima & valida est juxta Evangelistam, & Pontificem in locis citatis: Ergò unus testis sufficit ad legitimam probationem. Si respondes ex communi doctrina, quòd in dicto casu denunciationis Evangelicæ denunciator est unus legitimus testis, & cum alio teste, quem secum adducit, datur legitima duorum testium probatio, statim tibi insurgunt Lastra, & Grannanieto replicando, quòd actor in judicio non potest esse testis, *cap. 2. de Calumniatoribus cum vulgatis*, sed denunciator ille est actor, vel obtinet vicem actoris : Ergò non potest esse testis in tali Evangelica denunciatione. Respondent difficultati Grannanieto, & Lastra *in d. cap. 4. de testib.* cum Cujacio *in posthumis ad d. cap. 4.* distinguendo inter judicia ordinaria, & extraordinaria correctionis fraternæ, vel Evangelicæ denunciationis, cujus formula refertur in cap. *si peccaverit 2. quæst. 1.* D. Thomas 22. *quæst. 33. art. 2. & 6.* Morla *in emporio tit. 2. q. 3. n.* 10. In judiciis ordinariis præter actorem duo testes desiderantur ; in extraordinariis autem denunciationis Evangelicæ denunciator legitimus testis est, & sic cum alio teste plenè probat. Et hæc est differentia inter accusatorem, & denunciatorem, quòd denunciator non testificatur de crimine, sed de monitione tantùm, & cùm ex hoc nullum commodum reportet, sed solùm moveatur ex zelo boni publici, & charitate proximi, ut emendetur, meritò idoneus testis existimatur; secùs autem esset in casu, quo denunciator peteret vindictam, & pœnam ; quia tunc cùm non sit fraterna denunciatio, sed judicialis, denunciator non esset legitimus testis. Can. *nullus*, 4. q. 4. Soto *de Justitia lib. 5. q. 6. art. 2. concl. 4. de testib. n.* 45. Accusator autem, cùm testificatur de cri-

crimine, & non moveatur solo zelo charitatis, sed commodo resultante vindictæ, & pœnæ, non erit idoneus testis in judicio ordinario, sed debet duos vel tres testes adhibere. Sed adhuc remanet difficultas, & replicabis, quia *in d. cap. 4. de testib.* Pontifex utitur his verbis generalibus: *In omni negotio.* Quod quidem verbum, *negotium*, litem, & controversiam significat, *cap. 2. de Judiciis, cap. forus de verb. signif.* ergò decisio Pontificis in d. *cap. 4. de testib.* quòd scilicet denunciator cum uno solo teste ad probationem sufficit, non solùm procedet in fraterna correctione Evangelica, sed in quolibet negotio, & Judiciis etiam ordinariis. Satisfacit Grannanieto *in d. cap. 4. n. 4.* dicendo, quòd illa verba: *in omni negotio*, non sumuntur ampliativè pro quolibet judicio etiam ordinario, sed restrictivè pro omni negotio tantùm denunciationis Evangelicæ.

Tertiò fortissimum deducitur argumentum ex cap. 112. *distinc. 4. de Consecrat.* ubi disponit Pontifex, quod si inveniatur aliquis cupidus recipiendi Sacramentum Baptismi, & dubitatur, utrùm talis sit baptizatus? si datur unus solus testis Christianus, qui dicat, talem hominem baptizatum esse, iterum non baptizatur; Ergo unus solus testis sufficit ad probationem. Quartò quando uxor dubitat de morte Conjugis longè absentis, potest credere unico testi de morte Mariti deponenti, & licitè secundùm matrimonium contrahere, *Glos. in cap. jusjurandi* 34. *q.* 3. §. *unius*, & ex communi resolvit Leand. *de Sacram. trac.* 9. *de matrim. tom.* 2. Quintò ex cap. *prætereà de sponsalib.* ubi factis publicationibus à Parocho de matrimonio contrahendo, sufficit unus solus testis deponens de impedimento, nè licitè possit contrahi matrimonium; & alii 132

etiam ſunt caſus, in quibus unus ſolus teſtis ſufficit, quos brevitatis causâ omitto, & videbis apud Speculatorem, de teſtibus, §. *reſtat n.* 8. Socin. *regul.* 422. Anton. Gabrielem. *concl.* 1. *per tot.*; præcipuè teſtis reproductus unicus contra producentem plenè probat, ut iſtum, & alios caſus adducit Jacobus Cancer. *p.* 1. *cap.* 8. *n.* 72. Fontanella *deciſ.* 229. *n.* 15. Ramon. *conſ.* 98. *n.* 13. pluribus allegatis Ripoll. ad Paguer. *rub.* 18. *n.* 17.; Ergò unus ſolus teſtis ſufficit ad probationem, & per conſequens ad teſtamentum unicus ſolus teſtis cum aſſiſtentia Parochi ſufficiet. Reſpondet his objectionibus P. M. Franciſcus dela Laſtra *in ſuis Canon. recollect. in cap.* 4. *de teſtib. q.* 2. *a n.* 67. quòd licèt regulariter ad legitimam probationem duo teſtes ad minus requirantur, & unicus ſolus teſtis non ſufficiat, tamen ſunt aliqui caſus, & exceptiones, in quibus unicus ſolus teſtis ſufficit, ùt ſunt caſus in objectionibus relati: Undè tota ſolutionis ſubtilitas conſiſtit in rimanda ratione, cur in ſupradictis caſibus unicus ſolus teſtis ſufficit: In primo enim caſu *cap.* 112. *diſt.* 4. *de Conſecratione*, ideò unico ſolo teſti de Baptiſmo deponenti creditur, eò quia in eo caſu non agitur de aliquo intereſſe temporali tertij; ſed tantùm inquiritur de veritate Baptiſmi ſuſcepti, nè reiteretur in ejus irreverentiam, & cùm teſtis ille fide dignus, & Chriſtianus ſit, ſi non datur alius teſtis, qui contradicat, creditur illi teſti, & iterum ille homo non baptizatur, Laſtra *in d. cap.* 4. *de teſtibus q.* 2. *n.* 68. In ſecundo caſu ideò ſingulari teſti creditur de morte Mariti deponenti, nè mulier careat ſuo remedio, & privetur jure tranſeundi ad ſecundas nuptias: Verùm tamen eſt, quòd ſi poſteà appareat illud teſtimonium fuiſſe falſum, licét mulier ſit immunis à pœnis Poliga-

miæ,

miæ, tamen secundum illud matrimonium erit nullum. P. Lastra ubi suprà n. 69. In tertio casu, quia major requiritur probatio ad dirimendum matrimonium jam contractum, quàm ad impediendum contrahendum, Lastra *in tit. de probatio. n.* 60. eò quia multa facta tenent, quæ fieri prohibentur, dixi suprà n. 52. & cùm ex eo, quòd matrimonium illud non contrahatur, nullum sequitur inconveniens, imò multa sequerentur ex eo, quod contraheretur; propter hanc causam optimè constituerunt Pontifices in cap. *præterea* de sponsalib. quòd unico testi de impedimento matrimonij contrahendi deponenti fides adhiberetur, Lastra ubi suprà n. 70.

Sextò obstabis ex textu in Can. *Præsul.* Can. *nullum* 2. q. 5. ubi ad condemnandum Episcopum requiruntur 72. testes, qui fuit numerus discipulorum Christi, ad condemnandum Presbyterum 64., ad condemnandum Diaconum 27., Subdiaconum, Lectorem & similes 7., quæ decreta fuerunt confirmata in Constitutionibus Caroli Magni, ut tradit Cujacius *lib.* 17. *obs. cap.* 9. Ergò non sufficiunt duo vel tres testes ad aliquem condemnandum. Dissolvit hanc difficultatem P. M. Lastra *in d. cap.* 4. *de testibus* 67. dicendo, quòd licèt regulariter duo vel tres testes sufficiant ad aliquem condemnandum, fallit tamen in casu supradicto, in quo propter eminentiam, splendorem, & dignitatem Personæ, contra quam testificatur, ùt sunt Præsules Ecclesiæ Romanæ, requiruntur plus quàm duo testes, scilicet 72., & in aliis minor numerus secundùm gradum dignitatis Personæ, eò quia cùm dictæ personæ in dignitate constitutæ sanctissimæ præsumantur, plus illis, quàm multis testibus est credendum, D. Thomas 22. *q.* 70. *art.* 2. *ad* 3. Sotus *de Just. & Jur. lib.* 5. *q.* 7. *art.* 3. Sanchez 133

dio juramento recognoscant manuale, & faciant relationem de falsitate, vel validitate instrumenti. Cui schedulæ ipse Relator solus non facto verbo providet, quòd mandetur Prioribus, & Collegio Notar. quòd talem faciant recognitionem, & hæc provisio jam intimatur parti adversæ, nec ab ea potest supplicari, cùm sit simplex Provisio, quâ intimatâ expediuntur mandata Prioribus & Collegio, suámque relationem faciunt de falsitate, vel legalitate instrumenti, ut formulas supplicationis adducit D. Ludovicus de Paguera *in Pract. Civili rub.* 17. *in fine*, qui modus probandi falsitatem instrumenti utilior & melior partibus est, quàm adductus à Pontifice in d. cap. *cùm Joannes* 10. *de fide instrum.*

135 Octavò obstabis ex cap. *Dilecti* 1. *de appellationibus*, ubi ut attentata vel novata pendente appellatione rescindantur, non sufficiunt duo testes idonei, sed præter eos requiritur publica fama loci; Ergò duo testes non sufficiunt ad legitimam probationem. Respondetur huic argumento cum Granyanieto *in cap.* 4. *de testibus n. fin.* & in *cap.* 1. *de appellationibus n.* 19. quòd *in d. cap.* 1. *de appellat.* illi duo testes idonei non integrè concludebant attentata illa post appellationem fuisse facta, neque rationem scientiæ reddebant, sicque requirebatur ad probationem adminiculum famæ loci; sed tamen in casu quo duo testes contestes redduntur, rationem dicti integrè concludentes, sufficiunt ad legitimam probationem.

136 Nonò obstabis ex *cap.* 91. *Curiarum anni* 1585. quæ est constitutio 1. Cathaloniæ sub tit. *de testimon.* Ante enim Curias anni 1585. ità effrenatus erat numerus testium in Catha. quòd poterant in qualibet causa adhiberi tot testes, quos pars litigans voluisset; sed tamen, ut lites citiùs dirime-

ren-

rentur, nè multum Judices in inspiciendis tot, tantisque testibus diutiùs immorarentur, ut sumptus & expensæ in receptione tot testium evitarentur, *l.* 1. §. *ul. de testibus*, Cap. *significaverunt*. Cap. *causam de testibus*, Mascardus *Concl.* 1077. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 18. *n.* 32. In Curiis anni 1585. constitutum fuit, quòd in qualibet causa non possent tam ex parte rei quàm actoris plùs quàm 10. testes adhiberi; sicque fuit taxatus ille effrenatus numerus testium, Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 20. *n.* 50. ut simile in pluribus Provinciis probat Fontanella *decis.* 361. *tom.* 2. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 18. *n.* 32. Sic nunc efformo argumentum: Si de Jure Divino & Pontificio duo, vel tres testes sufficerent ad legitimam probationem, Constitutio, quæ permitteret numerum testium ultrà duos vel tres testes non valeret, cùm Constitutio contra Jus Divinum nulla sit: Princeps enim non potest tollere ea, quæ sunt de Jure Divino, cap. *cùm inferior, de majorit. & obedientia* leg. *fin. Cod. si contra jus, vel utilit. pub.* cap. *cùm sint* 25. *q.* 1. Paguera *decis.* 34. *n.* 5. *tom.* 1. dixi suprà *cap.* 1. *n.* 11.: Sed de Jure Divino duo vel tres testes ad legitimam probationem sufficiunt, *cap.* 17. & 19. *Deuteron.* à Pontificio jure approbatum, *cap.* 4. *de testibus*, cap. *cùm esses de testament*; Ergò de Jure Divino & Pontificio non sufficiunt duo vel tres testes ad legitimam probationem. Idem argumentum potest fieri de lege Regia Castellæ, *l.* 3. *tauri l.* 1. & 2. *tit.* 1. *part.* 6. quæ requirit septem testes in testamento. De statuto Urbis Romæ, quæ in testamentis, & aliis rebus septem testes requirit, dixi suprà n. 129. Hanc difficultatem paululùm insinuavit noster Fontanella *tom.* 2. *decis.* 361. *n.* 9. sed non adduxit solutionem. Sed respondetur ex Doctrina Antonij Grannya in cap. *cùm esses* 10. *de testam. n.* 4. quòd

us Gomez *in d. l. 3. Tauri n.* 24. Spino *de testamentis glos.* 21. *prin. n.* 34. Covarruvias in cap. *cùm esses n.* 1. D. Ant. Grannanieto in cap. *cùm esses n.* 4. In aliquibus partibus Cathaloniæ, utpote in aliquibus locis Perpiniani, Tarraconæ & Dertusæ jus commune de septem testibus servatur, ùt refert Jacobus Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 20. *n* 409. Nec per hoc istæ Provinciæ & Civitates contrariantur Doctrinæ Evangelicæ *in cap.* 19. *Deuter.* & Pontificiæ in cap. *cùm esses* 10. *de testament.* quia prætérquàm quòd lex humana & positiva potest ex justa causa & communi utilitate (qualis est, ut tantas fraudes in testamentis occludantur) Jus Divinum declarare, Gomez & Spino locis supra citatis, dicendum est. Legem Divinam in *cap.* 19. *Deuter.* non reprobare ampliorem numerum duorum aut trium testium, & quòd plus quàm tres non possint adhiberi, alliàs multùm pateretur constitutio 1. *sub tit. de testim. cap.* 91. *Constitut. Cathal. anno* 1585. ubi taxatus fuit numerus testium in judiciariis negotiis, quòd non possint plus quàm decem adhiberi, Fontanella *decis.* 361. *&* 362. *tom.* 2. quia certè possunt ex dicta Constitutione plus quàm tres, scilicet decem testes adhiberi, sed solùm reprobare unicum & singulare testimonium, ne quis unico damnetur testimonio. Grannanieto *in nostr. cap. cùm esses n.* 4. *in fine.*

130 Sed quidquid sit de hac DD. opinione super dicto cap. *cùm esses* 10. *de testamentis* & relictis pluribus argumentis probantibus consuetudinem contra Jus Naturale, aut divinum valere, quæ adducit & solvit P. M. Franc. dela Lastra *in suis Canonicis recollectio tit.* 4. *de consuetud. in cap.* 10. *&* 11. *q.* 4. Obstabis primò, quia duo testes multoties de falso deponunt, & corrupti sunt, ùt constat ex *lib.* 3. *Reg. cap.* 21. ubi duo testes contra Naboth fal-

falsum deposuerunt. Tertiò *ex cap.* 26. *Matthæi*, ubi duo falsi testes contra innocentissimum JEsum D. N. falsum deposuerunt: Ergò non semper verum est duorum hominum testimonium, & per consequens testamentum coram duobus testibus, & Parocho factum non valebit. Respondetur huic objectioni ex doctrina D. Ant. Grannanieto in cap. *in omni negotio* 4. *de testib. n.* 5. dicendo, quòd non ideò lex Divina *Deuther. cap.* 17. & 19. *Matthæi cap.* 18. *Joannis cap.* 8. *vers.* 17. requirit, & approbat numerum duorum testium, quia duorum testium testimonium infallibile semper & veridicum sit, nàm contrarium ex textibus supradictis sæpe sæpiùs constat, & ex ampliori numero testium securior est probatio; sed ideò binarium vel ternarium numerum testium sacra Scriptura exigit, quia in omni negotio numerus duorum testium faciliter inveniri potest. & ex duobus testibus veritas manifesta remanet. Prætereà quia iste metus falsitatis duorum testium jam non est timendus in hoc nostro Canonico testamento; quia cùm in hoc testamento assistat Parochus, persona tam fide digna, & veridica, non timetur falsitas duorum testium, Paulus Rubeus *de testam. cap.* 33. *n.* 2. Sicque securum erit hoc testamentum Alexandri III. in d. cap. *cùm esses*.

Secunda difficultas oritur ex *cap.* 18. *Matthæi*, 131
cujus verba referuntur in cap. *in omni negotio* 4. *de testib.* Sic ait Evangelista: *Si peccaverit in te frater tuus, corripe eum inter te, & ipsum solum; quod si te non audierit, adhibe tecum unum, vel duos testes,* ut *in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Quæ verba Evangelistæ, & decisio *d. cap.* 4. *de testibus* sic ponderatur cum Lastra *in d. cap.* 4. *de testib. n.* 42. versic. *Tertium*: quia quando aliquis Evangelica denunciatione aliquem accusat, solùm intervenit unus

testis juxtà illud Evangelistæ : *Adhibe tecum unum vel duos testes*; sed talis probatio legitima & valida est juxta Evangelistam, & Pontificem in locis citatis: Ergò unus testis sufficit ad legitimam probationem. Si respondes ex communi doctrina, quòd in dicto casu denunciationis Evangelicæ denunciator est unus legitimus testis, & cum alio teste, quem secum adducit, datur legitima duorum testium probatio, statim tibi insurgunt Lastra, & Grannanieto replicando, quòd actor in judicio non potest esse testis, *cap. 2. de Calumniatoribus cum vulgatis*, sed denunciator ille est actor, vel obtinet vicem actoris : Ergò non potest esse testis in tali Evangelica denunciatione. Respondent difficultati Grannanieto, & Lastra *in d. cap.* 4. *de testib.* cum Cujacio *in posthumis ad d. cap.* 4. distinguendo inter judicia ordinaria, & extraordinaria correctionis fraternæ, vel Evangelicæ denunciationis, cujus formula refertur in cap. *si peccaverit* 2. *quæst.* 1. D. Thomas 22. *quæst.* 33. *art.* 2. *&* 6. Morla *in emporio tit.* 2. *q.* 3. *n.* 10. In judiciis ordinariis præter actorem duo testes desiderantur ; in extraordinariis autem denunciationis Evangelicæ denunciator legitimus testis est, & sic cum alio teste plenè probat. Et hæc est differentia inter accusatorem, & denunciatorem, quòd denunciator non testificatur de crimine, sed de monitione tantùm, & cùm ex hoc nullum commodum reportet, sed solùm moveatur ex zelo boni publici, & charitate proximi, ut emendetur, meritò idoneus testis existimatur; secùs autem esset in casu, quo denunciator peteret vindictam, & pœnam ; quia tunc cùm non sit fraterna denunciatio, sed judicialis, denunciator non esset legitimus testis. Can. *nullus*, 4. *q.* 4. Soto *de Justitia lib.* 5. *q.* 6. *art.* 2. *concl.* 4. *de testib. n.* 45. Accusator autem, cùm testificatur de cri-

crimine, & non moveatur solo zelo charitatis, sed commodo resultante vindictæ, & pœnæ, non erit idoneus testis in judicio ordinario, sed debet duos vel tres testes adhibere. Sed adhuc remanet difficultas, & replicabis, quia *in d. cap.* 4. *de testib.* Pontifex utitur his verbis generalibus: *In omni negotio.* Quod quidem verbum, *negotium*, litem, & controversiam significat, *cap.* 2. *de Judiciis*, *cap. forus de verb. signif.* ergò decisio Pontificis in d. *cap.* 4. *de testib.* quòd scilicet denunciator cum uno solo teste ad probationem sufficit, non solùm procedet in fraterna correctione Evangelica, sed in quolibet negotio, & Judiciis etiam ordinariis. Satisfacit Grannanieto *in d. cap.* 4. *n.* 4. dicendo, quòd illa verba: *in omni negotio*, non sumuntur ampliativè pro quolibet judicio etiam ordinario, sed restrictivè pro omni negotio tantùm denunciationis Evangelicæ.

Tertiò fortissimum deducitur argumentum ex cap. 112. *distinc.* 4. *de Consecrat.* ubi disponit Pontifex, quod si inveniatur aliquis cupidus recipiendi Sacramentum Baptismi, & dubitatur, utrùm talis sit baptizatus? si datur unus solus testis Christianus, qui dicat, talem hominem baptizatum esse, iterum non baptizatur; Ergo unus solus testis sufficit ad probationem. Quartò quando uxor dubitat de morte Conjugis longè absentis, potest credere unico testi de morte Mariti deponenti, & licitè secundùm matrimonium contrahere, *Glos. in cap. jusjurandi* 34. *q.* 3. §. *unius*, & ex communi resolvit Leand. *de Sacram. trac.* 9. *de matrim. tom.* 2. Quintò ex cap. *præterea de sponsalib.* ubi factis publicationibus à Parocho de matrimonio contrahendo, sufficit unus solus testis deponens de impedimento, nè licitè possit contrahi matrimonium; & alii 132

etiam sunt casus, in quibus unus solus testis sufficit, quos brevitatis causâ omitto, & videbis apud Speculatorem, de testibus, §. *restat n.* 8. Socin. *regul.* 422. Anton. Gabrielem. *concl.* 1. *per tot.*; præcipuè testis reproductus unicus contra producentem plenè probat, ut istum, & alios casus adducit Jacobus Cancer. *p.* 1. *cap.* 8. *n.* 72. Fontanella *decis.* 229. *n.* 15. Ramon. *cons.* 98. *n.* 13. pluribus allegatis Ripoll. ad Paguer. *rub.* 18. *n.* 17.; Ergò unus solus testis sufficit ad probationem, & per consequens ad testamentum unicus solus testis cum assistentia Parochi sufficiet. Respondet his objectionibus P. M. Franciscus dela Lastra *in suis Canon. recollect. in cap.* 4. *de testib. q.* 2. *a n.* 67. quòd licèt regulariter ad legitimam probationem duo testes ad minus requirantur, & unicus solus testis non sufficiat, tamen sunt aliqui casus, & exceptiones, in quibus unicus solus testis sufficit, ùt sunt casus in objectionibus relati: Undè tota solutionis subtilitas consistit in rimanda ratione, cur in supradictis casibus unicus solus testis sufficit: In primo enim casu *cap.* 112. *dist.* 4. *de Consecratione*, ideò unico solo testi de Baptismo deponenti creditur, eò quia in eo casu non agitur de aliquo interesse temporali tertij; sed tantùm inquiritur de veritate Baptismi suscepti, nè reiteretur in ejus irreverentiam, & cùm testis ille fide dignus, & Christianus sit, si non datur alius testis, qui contradicat, creditur illi testi, & iterum ille homo non baptizatur, Lastra *in d. cap.* 4. *de testibus q.* 2. *n.* 68. In secundo casu ideò singulari testi creditur de morte Mariti deponenti, nè mulier careat suo remedio, & privetur jure transeundi ad secundas nuptias: Verùm tamen est, quòd si posteà appareat illud testimonium fuisse falsum, licèt mulier sit immunis à pœnis Poligamiæ,

miæ, tamen ſecundum illud matrimonium erit nullum. P. Laſtra ubi ſuprà n. 69. In tertio caſu, quia major requiritur probatio ad dirimendum matrimonium jam contractum, quàm ad impediendum contrahendum, Laſtra *in tit. de probatio. n.* 60. eò quia multa facta tenent, quæ fieri prohibentur, dixi ſuprà n. 52. & cùm ex eo, quòd matrimonium illud non contrahatur, nullum ſequitur inconveniens, imò multa ſequerentur ex eo, quod contraheretur; propter hanc cauſam optimè conſtituerunt Pontifices in cap. *prætereà* de ſponſalib. quòd unico teſti de impedimento matrimonij contrahendi deponenti fides adhiberetur, Laſtra ubi ſuprà n. 70.

Sextò obſtabis ex textu in Can. *Præſul.* Can. 133 *nullum* 2. *q.* 5. ubi ad condemnandum Epiſcopum requiruntur 72. teſtes, qui fuit numerus diſcipulorum Chriſti, ad condemnandum Presbyterum 64., ad condemnandum Diaconum 27., Subdiaconum, Lectorem & ſimiles 7., quæ decreta fuerunt confirmata in Conſtitutionibus Caroli Magni, ut tradit Cujacius *lib.* 17. *obs. cap.* 9. Ergó non ſufficiunt duo vel tres teſtes ad aliquem condemnandum. Diſſolvit hanc difficultatem P. M. Laſtra *in d. cap.* 4. *de teſtibus* 67. dicendo, quòd licèt regulariter duo vel tres teſtes ſufficiant ad aliquem condemnandum, fallit tamen in caſu ſupradicto, in quo propter eminentiam, ſplendorem, & dignitatem Perſonæ, contra quam teſtificatur, ùt ſunt Præſules Eccleſiæ Romanæ, requiruntur plus quàm duo teſtes, ſcilicet 72., & in aliis minor numerus ſecundùm gradum dignitatis Perſonæ, eò quia cùm dictæ perſonæ in dignitate conſtitutæ ſanctiſſimæ præſumantur, plus illis, quàm multis teſtibus eſt credendum, D. Thomas 22. *q.* 70. *art.* 2. *ad* 3. Sotus *de Juſt. & Jur. lib.* 5. *q.* 7. *art.* 3. Sanchez

chez *tom.* 2. *lib.* 6. *cap.* 5. *dub.* 10. *n.* 4. Aliam tamen solutionem tradit D. Antonius Grañanieto *in cap.* 4. *de testib. n.* 9. dicendo, quôd decisio d. Can. *Præsul*, & Can. *nullum* 2. *q.* 5. quòd scilicet Episcopus non posset condemnari nisi cum 72. testibus, Presbyter cum 64. Diaconus cum 27. &c. procedebat de Jure antiquo Canonico propter dignitatem, & eminentiam dictarum personarum, quod jam correctum remanet ex nostro cap. 4. *de testibus*, ex quo hodie Prælatorum causæ etiam graviores cum duobus vel tribus testibus discutiuntur, Clarus *in pract. crim.* §. *fin. q.* 66. Cenedus *collect.* 22. *ad Decretum*, *Granya d. n.* 9.

134 Septimò obstabis ex cap. *cùm Joannes* 10. *de fide instrumentorum*, in quo textu concludit Romanus Pontifex, quòd falsitas alicujus instrumenti potest per testes probari, & dicit, quod ad hoc requiruntur tres vel plures testes, ibi: *ut trium vel plurium idoneorum testium* &c. Ergò ad legitimam probationem duo vel tres testes non sufficient; sed tres vel plures idonei requiruntur, sicque similiter in testamentis. Huic difficultati satisfacit duabus solutionibus Granyanieto in cap. *cùm Joannes* 10. *de fide Instrum.* Prima quòd illa verba textus ibi: *ut trium vel plurium idoneorum testium*, non sunt dispositiva, & præceptiva Pontificis, sed relativa, & sic non inducunt Juris dispositionem: Secunda, dicendo quòd ideò in d. cap. *cùm Joannes*, 10. *de fide instrument.* tres vel plures testes requiruntur ad probandam falsitatem instrumenti, quia in favorem instrumenti aderat dispositio, & præsumptio Tabellionis, & alterius testis instrumentalis, Covarruvias 1. *Var. cap.* 13. *n.* 11. Undè de Jure regio Castellæ *in l.* 18. *tit.* 13. *p.* 3. quatuor testes desiderantur ad probandam falsitatem instrumenti, Covarruvias 2. *Var. cap.* 20. Guttierres *Cons.* 28. *n.* 7.

n. 7. Menochius *lib.* 2. *de arbitr. Cent.* 21. *casu* 105. Granya *ubi supra n.* 9. & apud aliquos testes ad probandum falsitatem instrumenti, licèt sufficiant duo (in hoc enim non est immutatum cap. *in omni negotio* 4. *de testibus*) requiritur tamen, quòd isti duo testes sint omni exceptione majores, & in confectione instrumentorum periti, ùt Doctores Juris & Tabelliones, Ursillus *ad Afflict. decis* 274. *n.* 1. Decius *Cons.* 82. *col.* 2. Matieneo in *l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *recopilat. glos.* 5. *in fine.* Antonius Sola *in constit. Sabaudiæ tit. de Probatio. glos.* 8. *n.* 2. sed nostra Praxis est, quòd quando tractatur de falsitate alicujus instrumenti, eligitur totum Collegium Notariorum, quod instrumentum recognoscit, ut cum exemplari nostri Senatus testatur Fontanella *Claus.* 3. *glos. Unica n.* 18. *in* 2. *de pact. nup.* & *Claus.* 6. *glos.* 3. *p.* 7. *an.* 54. Quæ praxis fit hoc modo, quòd scilicet pars, quæ vult arguere instrumentum aliquod de falso, in supplicatione facta non in translato causæ, sed in alia papyro ad partem, quia sic non pervenit ad notitiam adversantis, petit, quòd mandetur fieri apprehensio Protocolli, vel apprisiæ Notarij, qui fecit instrumentum, & hæc non providetur per A. R. Cancellarium, nec fit, *remittatur per scribam Mandati*, sed offertur Relatori causæ, ut debitè provideat, & posteà facto verbo per Relatorem in Regio Consilio, providet Relator, quod per Regium Officialem fiat apprehensio manualis dicti Notarij, & ponatur in posse Scribæ causæ, quæ provisio, eò quia apponitur à Relatore illa clausula: *post executionem intimetur*, non intimatur parti, nisì factâ apprehensione, nè pars adversa fraudes in hoc machinaretur: Quâ apprehensione facta manualis, & eô traditô Scribæ causæ, fit schedula, & non supplicatio, quâ petitur mandari Prioribus, & Collegio Notariorum, ut medio

dio

dio juramento recognoſcant manuale, & faciant relationem de falſitate, vel validitate inſtrumenti. Cui ſchedulæ ipſe Relator ſolus non facto verbo providet, quòd mandetur Prioribus, & Collegio Notar. quòd talem faciant recognitionem, & hæc proviſio jam intimatur parti adverſæ, nec ab ea poteſt ſupplicari, cùm ſit ſimplex Proviſio, quâ intimatâ expediuntur mandata Prioribus & Collegio, ſuámque relationem faciunt de falſitate, vel legalitate inſtrumenti, ut formulas ſupplicationis adducit D. Ludovicus de Paguera *in Pract. Civili rub.* 17. *in fine*, qui modus probandi falſitatem inſtrumenti utilior & melior partibus eſt, quàm adductus à Pontifice in d. cap. *cùm Joannes* 10. *de fide inſtrum.*

135 Octavò obſtabis ex cap. *Dilecti* 1. *de appellationibus*, ubi ut attentata vel novata pendente appellatione reſcindantur, non ſufficiunt duo teſtes idonei, ſed præter eos requiritur publica fama loci; Ergò duo teſtes non ſufficiunt ad legitimam probationem. Reſpondetur huic argumento cum Granyanieto *in cap.* 4. *de teſtibus n. fin.* & in *cap.* 1. *de appellationibus n.* 19. quòd *in d. cap.* 1. *de appellat.* illi duo teſtes idonei non integrè concludebant attentata illa poſt appellationem fuiſſe facta, neque rationem ſcientiæ reddebant, ſicque requirebatur ad probationem adminiculum famæ loci; ſed tamen in caſu quo duo teſtes conteſtes redduntur, rationem dicti integrè concludentes, ſufficiunt ad legitimam probationem.

136 Nonò obſtabis ex *cap.* 91. *Curiarum anni* 1585. quæ eſt conſtitutio 1. Cathaloniæ ſub tit. *de teſtimon.* Ante enim Curias anni 1585. ità effrenatus erat numerus teſtium in Catha. quòd poterant in qualibet cauſa adhiberi tot teſtes, quos pars litigans voluiſſet; ſed tamen, ut lites citiùs dirime-

ren-

rentur, nè multum Judices in inspiciendis tot, tantísque testibus diutiùs immorarentur, ut sumptus & expensæ in receptione tot testium evitarentur, *l.* 1. §. *ul. de testibus*, Cap. *significaverunt*. Cap. *causam de testibus*, Mascardus *Concl.* 1077. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 18. *n.* 32. In Curiis anni 1585. constitutum fuit, quòd in qualibet causa non possent tam ex parte rei quàm actoris plùs quàm 10. testes adhiberi; sicque fuit taxatus ille effrenatus numerus testium, Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 20. *n.* 50. ut simile in pluribus Provinciis probat Fontanella *decis.* 361. *tom.* 2. Ripoll. ad Pagueram *rub.* 18. *n.* 32. Sic nunc efformo argumentum: Si de Jure Divino & Pontificio duo, vel tres testes sufficerent ad legitimam probationem, Constitutio, quæ permitteret numerum testium ultrà duos vel tres testes non valeret, cùm Constitutio contra Jus Divinum nulla sit: Princeps enim non potest tollere ea, quæ sunt de Jure Divino, cap. *cùm inferior*, *de majorit. & obedientia* leg. *fin. Cod. si contra jus, vel utilit. pub.* cap. *cùm sint* 25. *q.* 1. Paguera *decis.* 34. *n.* 5. *tom.* 1. dixi suprà *cap.* 1. *n.* 11.: Sed de Jure Divino duo vel tres testes ad legitimam probationem sufficiunt, *cap.* 17. & 19. *Deuteron.* à Pontificio jure approbatum, *cap.* 4. *de testibus*, cap. *cùm esses de testament*; Ergò de Jure Divino & Pontificio non sufficiunt duo vel tres testes ad legitimam probationem. Idem argumentum potest fieri de lege Regia Castellæ, *l.* 3. *tauri l.* 1. & 2. *tit.* 1. *part.* 6. quæ requirit septem testes in testamento. De statuto Urbis Romæ, quæ in testamentis, & aliis rebus septem testes requirit, dixi suprà n. 129. Hanc difficultatem paululùm insinuavit noster Fontanella *tom.* 2. *decis.* 361. *n.* 9. sed non adduxit solutionem. Sed respondetur ex Doctrina Antonij Grannya in cap. *cùm esses* 10. *de testam. n.* 4. quòd

lex Divina *cap.* 17. *&* 19. *Deuter.* & lex *Pontificia*, quando dicit, quòd *in ore duorum vel trium stat omne verbum*, non improbat ampliorem numerum duorum vel trium testium, cùm multoties plures quàm duo testes in probationibus adhibeantur; cùm probationes potiùs sint ampliandæ, quàm restringendæ, leg. *quoniam in fin. ff. de hæredib. instit.* Surdus *decis.* 43. *n.* 5. Fontanella *d. decis.* 361. *n.* 11. & posset esse, quòd duo vel tres testes integrè non probarent. Fontanella ubi proximè n. 12.; sed solum lex Divina vetat dictum, & probationem unius solius testis, quòd quis unico solo teste non condemnetur: Undè bene dicta Constitutio Cathal. constituit, quòd in qualibet causa usque ad decem testes possent adhiberi.

137 Tandem (relictô argumentô ex cap. *quia* 3. *de præscriptionibus l.* 3. *Cod. finium regund.* de cujus solutionibus D. Franciscus de Amaya ad *l.* 2. *Cod. de Jure Fisci n.* 17.) obstabis hoc valido argumento; quia si ideò testamentum Jure Canonico cum duobus testibus, & assistentia Parochi valeret, ex quo jure & lege Divina in ore duorum vel trium stat omne verbum, sequeretur, quòd etiam testamentum sinè assistentia Parochi cùm duobus solúm vel tribus testibus valeret, quia tunc in ore duorum staret omne verbum; sed testamentum istud Juris Canonici non valet sinè assistentia Parochi: ergò nec cum assistentia duorum testium, & Parochi tale testamentum Canonicum valebit. Occasione hujus rationis dub: quærunt in d. cap. AA. utrùm si in hoc testamento introducto à Jure Canonico non assistat Parochus, sed solùm interveniant duo testes, an validum sit? Quidam affirmant sinè assistentia Parochi tale testamentum valere cum solis duobus testibus, Abbas in d. cap. *cùm esses* 10. *de testam. n.* 2. Speculator *tit. de instrum. edit.* §. *Compen-*

pendiose n. 12. Roman. in Auth. *similiter Cod. ad l. falcidiam*, *spec.* 34. Corneus *cons.* 261. *vol.* 4. *colum fin.* Boerius *decis.* 39. *Col.* 2. Ruinus *cons.* 51. *n.* 11. *vol.* 1. aliis citatis Covarruvias in d. cap. *cùm esses* 10. *n.* 15. sed contraria negantium opinio, quòd scilicet ad hoc testamentum præter duos testes requiratur assistentia Parochi, verior est, cujus asseclæ sunt non infimæ notæ Authores, Cardinal. & cæteri communiter ad d. cap. *cùm esses* 10. Corneus sibi contrarius *cons.* 77. alij quos citat Covarruvias *in d. cap.* 10. *n.* 12. novissimè Rubeus *de testament. cap.* 36. *in prin.*, & ratio est, quia cum Jus Canonicum Parocho, cui tradit curam animæ, etiam tradat curam bonorum, si deficit Parochus, deficit ille, de quo Jus Canonicum fiduciam habet, né falsitas in testamentis committatur: Undè solutio rationis dubitandi adducta fuit à Doctissimo Paulo Rubeo *in d. cap.* 36. dicendo, quòd ratio propter quam testamentum Juris Canonici in d. cap. *cùm esses* 10. *de testamentis*, non est præcisè, quia in ore duorum vel trium stat omne verbum, nec in illis verbis Alexander III. intendit adducere rationem decidendi; sed solùm per dicta verba Sacræ Scripturæ reprobare vult consuetudinem unius tantùm testis, & legitimam probationem duorum approbare; sed ratio validitatis talis testamenti est, quia Canonicæ leges multum de Parocho confidunt, & cui majus, curam scilicet Animæ tribuunt, etiam minus, id est curam bonorum concedunt, Rubeus *de testamentis cap.* 33. Undè non valebat hoc testamentum sinè Parochi assistentia: Tum quia quamvis in omnibus fere negotiis duo vel tres testes sufficiant juxta *cap.* 19. *Deuteronom.*, attamen in testamentis, in quibus multæ fraudes possunt evenire, præter duos vel tres, Sacri Canones assistentiam Parochi requirunt,

quô interveniente nullæ in testamento fraudes intervenient.

138 Sed adhuc datur aliud specialissimum testamentum proprium Civium Barcinonis multum distans ab omnibus aliis supradictis testamentis: In Privilegio enim vulgò dicto *recognoverunt Proceres*, quod est *in 2. volum. Const. sub tit. de Consuetudit. de Barcelona in cap.* 25. conceditur Civibus Barcinonis quædam forma, & modus testandi in scriptis his verbis: *Item quòd Notarius potest facere testamentum ipso solo existente cum testatore, & quòd ipso facto, sive notato vocet testes, coram quibus dicat tale fecisse testamentum, & contineri in papyro, quam ipse testibus ostendit, & quòd valeat tale testamentum, ac si audivissent ipsi testamentum*, de quo agunt aliqua Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 113. *&* 134. Fontanella *decis.* 576. *n.* 22.

139 Contrà valitidatem hujus testamenti exclamat Mierres *p.* 1. *colla.* 5. *cap.* 32. *n.* 7. *fol.* 125. hac ratione dubitandi, quia ex lege Divina in ore duorum vel trium stat omne verbum, & non in ore unius tantùm, *cap.* 17. *&* 19. *Deuteronom.* dixi suprà n. 125.; sed in hoc testamento cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*, veritas & verbum testamenti stat in ore unius, Notarij scilicet, qui solus existens cum testatore condit testamentum, & non in ore duorum vel trium testium, qui non audiunt verba testamenti: Ergò talis forma testamenti invalida erit. Secundo dubitabis, quia juxtà formam hujus testamenti cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*, in sola manu Notarij esset committere falsitatem absque eô, quòd de ea regulariter convinci posset, cùm ipse solus cum testatore existens scribat testamentum, Cancer *p.* 1. *Var. cap.* 4. *n.* 134.; sed in testamentis semper evitandæ sunt, in quantum possibile sit, falsitates: Ergò forma dicti testamenti debet à jure reprobari.

bari. Quibus objectionibus facilis est responsio, dicendo, quòd Sacra Scriptura, & lex Divina non relinquit omne verbum & veritatem in ore unius solùm, si iste est persona privata, secùs autem si est persona publica, & publicum officium gerens, qualis est Notarius tale sumens testamentum, dixi suprà n. 58. Undè non est verosimiliter credendum, quòd tàm publica legalis, & fide digna persona, qualis est Notarius, in testamento aliquam committat falsitatem. Secundò respondetur cum Jacobo Cancer. *p.* 1. *cap.* 4. *n.* 134. dicendò, quòd testamentum istud cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*, sumit totam suam perfectionem à stipulatione Notarij quam de eo facit, ùt posteà videbimus, & hæc stipulatio jam fit coram ipsis duobus testibus.

Sed major dubitatio insurgit mihi circà hoc testamentum, ignorando, quid de novo voluit constituere dictum cap. 25. Privilegij, *recognoverunt Proceres*, in hoc testamento: Nam quod tale testamentum scribatur manu alienâ Notarij, & non manu propria testatoris, hoc de jure antiquo jam fieri poterat, *l. servus* 28. *ff. de testament. l.* 21. *in prin. Cod. eod.* dixi hac dissert. n. 84. Illud quod testator solus existens, & quòd testes non vident testatorem, quando condit seu ordinat testamentum, de Jure Antiquo jam observabatur, *l. hac consultissima* 21. *Cod. de testament.* ibi: *vel absentibus testibus dicatur*, suprà n. 89. Illud quòd testes non audiant verba testamenti, sed solùm quòd coràm testibus dicatur, tale fuisse factum testamentum, etiam de Jure Codicis in antiquo testamento Romanorum in scriptis in usu erat, lege legem *hac consultissima* 21. *Cod. de testamentis*, ibique Donellum n. 15. & suprà n. 86.; solùm igitur remanet, ut dicas Privilegium *recognover. Procer.* in d. cap. 25.

140

Q q 3 con-

constituisse, ut solùm duo testes in testamento tali scripto interveniant; sed hoc falsissimum est, quia de Jure antiquo Canonico in *cap.* 10. *de testament.* Sacra Scriptura *cap.* 17. & 19. *Deuter.* in testamentis duo vel tres testes sufficiebant, quod usu ab omnibus fere Gentibus receptum fuit, dixi suprà n. 129. Quid igitur de novo introduxit cap. 25. *Privilegij recognoverunt Proceres* in tali testamento? Respondeo quòd id quod de novo introduxit, fuit committere totam substantiam testamenti scripti in manu, fide, & legalitate unius solùm personæ, utpote Notarij, de quo confidit tanquam publica persona, quòd nullam falsitatem in testamento committat, quòd nullum jus antiquum unquam concessit: Sicut enim Jus Canonicum introduxit suum novum testamentum in cap. *cùm esses* 10. *de testament.* confidens in assistentia Parochi, nè falsitates in testamentis struantur, sic cap. 25. dicti Privilegij, introduxit novam formam testamenti confidens de legalitate Notarij ad obviandum testamentorum fraudibus. Discant Notarij quantum de eorum legalitate nostri Reges confiderunt, & sic nullum dent locum falsitatibus: Tum quia cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*, introduxit illam stipulationem Notarij, quâ interrogat testatorem, an velit illud, quod continetur in tali papyro, suum esse testamentum (de quo posteà) in qua stipulatione consistit tota substantia illius testamenti scripti, & talis stipulatio à nullo jure antiquo fuit in testamentis scriptis introducta.

141 Explicemus nunc formam & solemnitates hujus testamenti cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*: Primum requisitum hujus testamenti scripti est, quòd Notarius ipse solus existens cum testatore testamentum scribat: Undè non sufficit, quòd Nota-

Notarius jam adducat testamentum anteà scriptum, sed requiritur præcisè, quòd Notarius coram testatore scribat testamentum, aliàs daretur multa occasio Notariis struendi falsitates, & sic tenet Cancer. *in p.* 1. *cap.* 4. *n.* 134. ità ut contraria consuetudo, ùt destructiva dicti Privilegij, & contraria observantia in tam claris terminis Privilegij non est admittenda. Quæ doctrina canonizata fuit novissimè à N. R. S. in sententia lata 24. Aprilis 1694. referente Magnifico Josepho Claver R. S. in causa inter Raphaëlem Cassanyes Not. pub Barcin: & Marianam Colomes Viduam in actis Melchioris Cortes, & Marcer, cujus dum hæc scribo adhuc pendet causa supplicationis. Non intelligas tamen, quòd præcisè requiratur, Notarium ad longum scribere, dum existit solus cum testatore, voluntatem & ultimum elogium testatoris; sed sufficit, quòd notet ejus voluntatem, & posteà eam ad longum transscribat: Si autem antecedenter fuit jam examinata, & intellecta voluntas testatoris à Notario, & permittit ei Notario testator, quòd domi suæ eam scribat, licèt coram testatore non scribatur, valebit tale testamentum ex ordine testatoris secundùm formam cap. Privilegij *recognoverunt Proceres*, sicuti testamentum factum ad interrogationem Notarij, quod non valet, si priùs fuit factum ordine alterius tertij, & non ordine testatoris, Andreol. *cons.* 296. *n.* 19. Rota *tom.* 1. *recent. p.* 18. *decis.* 311. *n.* 2. Spada *cons.* 92. *n.* 11. Vedoya *in speculo Jurispr. lib.* 3. *dist.* 10. *n.* 18. ùt omnia supradicta Laconicis verbis fuerunt explicata in supradicta sententia referente Mag. Josepho Claver. R. A. Senatore: Scias tamen, quòd si testator permittit, seu vult, quòd aliquis tertius existat simul cum ipso, & Notario, quando conficicitur testamentum, de con-

sue-

ſuetudine Notariorum in hoc nullus ſit ſcrupulus, & toleratur; licèt ipſe potiùs ſit abuſus peſſimus, quàm legitimus uſus, & à Notariis non permittendus; cùm expreſſè dicat cap. 25. dicti Privilegij *recognoverunt Proceres: quòd Notarius poteſt facere teſtamentum ipſo ſolo exiſtente cum teſtatore*: Sicque nec tertius, nec teſtes debent in tempore, quô ſcribitur tale teſtamentum intervenire.

142 *Et quòd ipſo factô, ſive notato in papyro, vocet teſtes*: Iſtud eſt ſecundùm requiſitum hujus teſtamenti cap. 25. Privilegij *recognoverunt Proceres*, quòd vocentur teſtes, qui interveniant in hoc teſtamento: Apud nos enim non tanta fides adhibetur Notario, quòd ei abſque teſtibus credamus, ùt dixi ſuprà n. 88. Quot numerô debent eſſe iſti teſtes, poterat moveri quæſtio, ſed facilis eſt reſponſio, quòd duo teſtes in hoc teſtamento debent intervenire, Fontanella *deciſ.* 575. *n.* 20. Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 127. quod expreſſè diſponitur in cap. 25. ejuſdem Privilegij: *Recognoverunt Proceres*; nam cap. 25. noſtri Privilegij dicit: *vocet teſtes*, in plurali, & in numero duorum pluralitas continetur, l. *ubi numerus*, 12. ff. *de teſtibus*. Barboſa *Axiom.* 179. Fontanella ubi proximè n. 23. Factô igitur ſcriptô, vel notato teſtamento à Notario, debet exire, & vocare teſtes, ut interveniant ſtipulationi teſtamenti: Parùm autem intereſt, an Notarius ſit ille, qui vocet teſtes, an verò alius; poſſunt enim per famulum vel alium tertium teſtes vocari, ùt quotidiè experientiâ docemur.

143 Tertium requiſitum continetur implicitè in illis verbis: *coram quibus dicat ſe feciſſe teſtamentum ipſius teſtatoris*: Non requiritur enim, quòd Notarius coram teſtibus legat ultimam voluntatem, ſeu teſtamentum; nec quòd eam coram teſtibus publicet, Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 3. *n.* 134. quia hoc teſta-

testamentum est testamentum scriptum, in quo jam de jure antiquo Romanorum celebrabatur, & non revelabatur testibus voluntas testatoris, dixi suprà n. 72. & 86. Solùm igitur requiritur, quòd Notarius in manibus complicatam habeat papyrum, in qua scripta sit testatoris voluntas, & quòd coram testibus testamentum stipuletur. Sed anteaquàm ad hanc stipulationem testamenti enodandam deveniamus, quærendum est, an in hoc testamento scripto juxta tenorem cap. 25. Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, requiratur, quòd testator roget testes, cùm hoc non sit expressum in d. cap. 25. sed solùm dicatur, quòd Notarius vocet testes. Cui quæstioni respondeo, quòd licèt in hoc testamento scripto non requiratur, quòd testator roget testes? ità ut rogitus testium sit solemnitas substantialis, sicuti de jure antiquo in testamentis requirebatur; tamen de forma, & solemnitate probatoria requiritur, quòd testator roget testes, vel faciat aliquem alium actnm, per quem colligatur, enixè & determinatè testatorem habuisse animum deliberatum, non jocosum testandi. Sic tenent Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 72. Fontanella *decis.* 576. *à n.* 26. *tom.* 2. in terminis testamenti Sacramentalis, allegantes ambo antiquum exemplar Senatus 17. Septembr. 1586. sub examine Nob. Joannis Sabater posteà in supremo Coronæ Aragonum Regenti inter Petrum Junyent Domicellum ex unâ, & pupillos Francisci de Junyente ex alia, in actis Socares, & in terminis nostri testamenti cap. 25. Privilegij *recognov. Proceres*, novissimè in memorata sententia sub examine Mag. Josephi Claver. R. S. insinuatur in eisdem terminis, Cancer *d. cap.* 4. *n.* 134.

Rogatis igitur testibus à testatore modô supradictô, Notarius habens in sua manu papyrum, 144

in quâ est exaratum ultimum voluntatis elogium; testamentum coram dictis testibus stipulatur, quæ stipulatio fit hoc modô, quòd Notarius coram illis duobus testibus adhibitis interrogat testatorem, an velit illud testamentum, quod continetur in dictis foliis, vel folio Papyri, suum ultimum esse testamentum? si testator respondet affirmativè, quòd sic vult, remanet stipulatum testamentum. Ex quo jam resultat dissolutio illius quæstionis, utrùm hoc testamentum cap. 25. Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, dicatur, & sit testamentum factum ad interrogationem Notarij? quam in terminis tractat Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 134. Testamentum factum ad interrogationem Notarij dicitur à DD. illud testamentum factum hoc modô, quòd Notarius interrogat testatorem, an velit id, quod est scriptum in papyro, quam in manibus habet Notarius, suum esse testamentum? de quo tractârunt Bartol. *in l.* 1. §. *si quis ità ff. de V. O.* Ruinus *Cons.* 1. *in fine*, & *Cons.* 2. *n.* 1. *lib.* 8. Alexander Raud. *decis. Pisan.* 45. Thesaurus *q.* 56. *n.* 10. *lib.* 1. Trentacinquius *Cons.* 13. Fachineus *lib.* 10. *Contr. cap.* 17. aliis citatis Cancer. *p.* 1. *cap.* 4. *n.* 133. Thesaurus *lib.* 2. *q.* 99. Castillo *lib.* 4. *contr. quotid. cap.* 27. & *lib.* 6. *cap.* 73. plures allegantes: In quo tamen testamento facto ad interrogationem Notarij requiritur, quòd scriptura priùs à Notario facta, sit facta de mandato testatoris, & non de mandato tertij. Andreol. *Contr.* 296. *n.* 19. Rota *decis.* 311. *n.* 2. *p.* 18. *tom.* 1. *recent.*, Joannes Baptista Spada *Cons.* 92. *n.* 11. D. Emanuel de Vedoya *in specul. veræ Jurisprud. lib.* 3. *discurs.* 10. *n.* 18. aliquid Cancer. *d. cap.* 4. *n.* 113. *in fine.* Hanc igitur tenet noster Jacobus Cancer. *d. cap.* 4. *n.* 134. quòd scilicet testamentum d. cap. 25. Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, dicatur & sit species testamenti

facti

facti ad interrogationem Notarij, & quòd reguletur juxta illius naturam; eò quia tale testamentum d. cap. 25. sumit totam suam perfectionem à stipulatione Notarij, quam de eo facit coram testibus, Cancer *d. n.* 134.; quam de novo introduxit hoc privilegium, *recognoverunt Proceres*, sup. n. 140. sicque optimè dicitur testamentum factum ad interrogationem Notarij, & juxtà hujus naturam regulatur. Quæ omnia comprobata inveniuntur in citata sententia, referente Mag. Josepho Claver. R. A. D. inter Raphaëlem Cassanyes ex una, & Matronam Colomer ex alia.

Sed contrà stipulationem hujus testamenti Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, in d. cap. 25., non possum prætermittere hanc fortissimam rationem dubitandi, probans eam in illo non rectè intervenire; quia certum est principium in Jure quòd contractus cum toto Cælo distent à testamentis, non possunt in testamento celebrari, dixi pluribus suprà à n. 76., sed stipulatio est contractus & verbalis, *prin. tit. cùm vulgat. de V. obligat.*, & ibi Authores: Ergò talis stipulatio Notarij non potest in hoc testamento intermisceri. Secundò quia ùt diximus hoc testamentum d. cap. 25. Privilegij, totam suam perfectionem sumit ab illa stipulatione Notarij; sed stipulatio, cùm sit contractus, est irrevocabilis, ùt de aliis contractibus dixi suprà n. 76.; ergò tale testamentum esset irrevocabile, quô nihil absurdius tum in Jure communi, tum in nostra Practica. Tertiò, quia hæreditas pacto, & conventione dari non potest, neque hæreditas potest promitti, *l. hæreditas, Cod. de pactis.* dixi suprà n. 76. sed stipulatio pactum, & promissio est, ùt constat: Ergò in tali testamento Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, cap. 25., non potest interponi Notarij stipulatio. Quartò: Quia in Principatu 145

Cathal. de generali ejus consuetudine per stipulationem Notarij acquiritur Jus etiam absentibus, *Const. 5. tit. de observat. de Constit.* Bertaz. *claus.* 18. *glos.* 5. *n.* 4. Tiberius Decian. *resp.* 1. *n.* 23. Paguera *decis.* 48. *n.* 11. Cancer. *p.* 1. *cap.* 8. *n.* 44. Fontanella *tom.* 1. *Claus.* 4. *in prin. n.* 17., sed ex testamento nullum Jus statim oritur, seu acquiritur hæredibus, & legatariis ad differentiam contractus, Paguera *decis.* 107. *n.* 2. *tom.* 1. Ergò in nostro testamento non potest intermisceri Notarij stipulatio. Quintò: Quia stipulatio, cùm sit contractus nominatus, statim producit obligationem, & effectum, *l.* 3. *Cod. de oblig. & actio.* Retes *lib.* 2. *opusc. sec.* 3. *cap.* 1. *n.* 3. dixi suprà n. 76. sed testamentum non statim parit effectum; sed sequuta morte testatoris, quâ confirmatur D. Paulus ad Hebræos *cap.* 9. dixi suprà n. 2. Ergò incompatibilis est hæc Notarij stipulatio cum testamento cap. 25. dicti Privilegij: *Recognoverunt Proceres.* Quibus tamen difficultatibus facillimè satis fit, eo, quòd quando dicimus, quòd in nostro testamento cap. 25. Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, intervenit stipulatio Notarij, non intelligitur, quòd interveniat propria & rigorosa stipulatio, quæ contractus est, & incompatibilis cum testamento; sed sensus est, quòd datur quædam stipulatio impropriè, & per similitudinem, quæ est interrogatio Notarij, an velit testator tale esse suum testamentum? & testatoris sequuta responsio, quæ est actus conducens ad perfectionem ipsius testamenti: Sicque potest in nostro testamento talis Notarij stipulatio intervenire.

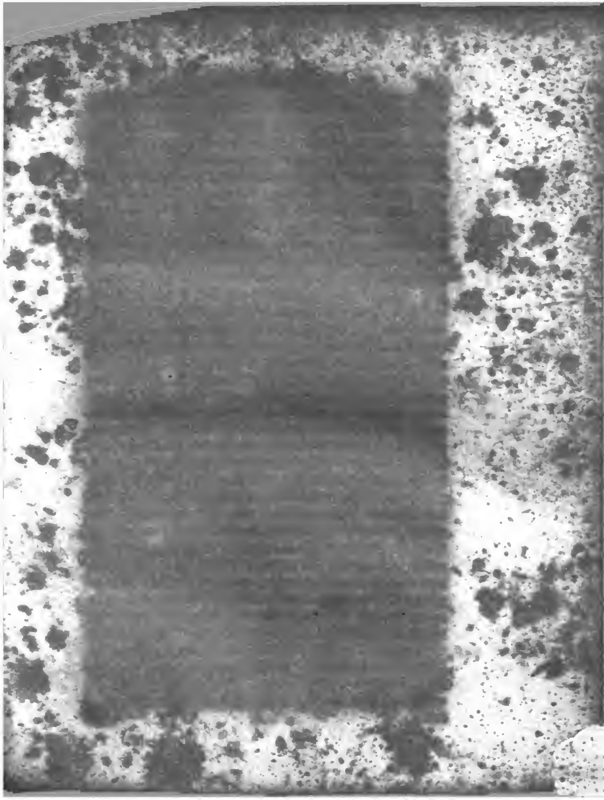
246 Obiter in hoc testamento cap. 25. Privilegij: *Recognoverunt Proceres*, Civibus Barcinonis concesso, adverte, quòd strictè est procedendum; neque ampla debet fieri interpretatio, eò quia Privile-

vilegia, quæ sunt contra jus commune sunt rigorosè & strictè interpretanda, non autem ampliãda, & hoc Privilegium: *Recognoverunt Proceres*, in d. cap. 25. est contra Jus commune Canonicum, & contra Evangelicam doctrinam, quæ in ore duorum vel trium vult stare omne verbum, & non de uno tantum confidere, sicuti in tali testamento confiditur de solo Notario, Mierres *part.* 1. *collat.* 5. *cap.* 32. *fol.* 127. & tenet Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 134. ex qua tam stricta hujus Privilegij interpretatione tres remanent dissolvendæ quæstiones: Prima est, utrùm in aliis locis exteri, qui non sunt Cives Barcinonis possint testari secundùm formam d. cap. 25. & responsio est negativa, ùt de testamento sacramentali tenet Fontanella *decis.* 578. *n.* 18. *tom.* 2. & ratio est, quia tale Privilegium est locale concessum Civitati Barcinonis, & est confirmatio antiquarum consuetudinum, quæ ibi vigebant; consuetudines autem de loco ad locum non extenduntur, Fontanella pluribus *dictæ decis.* 578. *n.* 18. quidquid dicat circà hanc opinionem Xammar. *de privilegiis* §. 15. *n.* 9.: Verum equidem est, quòd illæ Villæ, quæ gaudent privilegiis Civitatis Barcinonis (quas refert Fontanella *d. decis.* 578. *n.* 19.) gaudent hoc Privilegio: *Recognoverunt Proceres*, & incolæ illarum possunt testari secundùm formam d. cap. 25. & etiã in casu, quo in aliqua Villa admissa esset consuetudo testandi secundùm formam d. cap. 25., testamentum tali modo à non Cive factum esset validum. Secunda quæstio est, an Civis Barcinois, qui moribundus invenitur in aliquo oppido extra Barcinonem, possit testari secundùm formam d. cap. 25.? Et quamvìs videretur negativè respondendum, quia tale priv legium descendens ab antiquis consuetudinibus est locale, ùt dixi ex Fontanella suprà, & tale privilegi-

um non est concessum solùm Civibus Barcinonis, sed Civitati Barcinonis, & Civibus, Fontanella *decis.* 576. *n.* 1. tamen contraria est verior, & in terminis testamenti Sacramentalis tenet Xamar. *d.* §. 15. *n.* 9. eò quia illud privilegium est concessum Civitati Barcinonis, & Civibus illius, sicque etiam si extra Barcinonem sint, possunt tali modô testari. Tertia quæstio est, utrùm Forensis, qui moribundus invenitur Barcinone possit testari secundùm formá d. cap. 25.? & certum est, posse, ut in terminis testamenti Sacramentalis tenet cum decisione Senatûs Cancer. *p.* 1. *cap.* 4. *n.* 92. & Xamar. *d. n.* 9. Ratio est, quia tale Privilegium: *Recognov. Proceres*, est locale concessum Civitati Barcinonis, & illius consuetudo: Sicque benè potest Forensis tali modô testari, dum invenitur in Civitate Barcinonis.

147 Tandem aliud datur testameutum locale & proprium Civitatis Barcinonis, quòd dicitur Sacramentale, quod descendit ex antiqua consuetudine Barcinonis confirmata in cap. 48. Privilegij: *Recognov. Proceres*, à Petro 2. Aragonum Rege, quô cavetur, quòd si aliquis fecerit testamentum sinè scriptis, & sinè Notario præsentibus testibus, valet tale testamentum, si intrà sex menses jurent illi testes in Ecclesia Sancti Justi in Altari Sancti Felicis majoris, quòd illi testes ità audiverunt vel viderunt scribi: De quo testamento Sacramentali plures possent moveri quæstiones, sed tamen eas relinquo, nè nimìs extrà institutum pervagari videar. De hoc Sacramentali testamento latè tractant Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *à n.* 72. Petrus Joannes Fontanella *decis.* 576. 577. *& seq.* Paulus Xamar. *de privilegiis Civitatis Barcinonis*, §. 15. Ripoll. in *Pract. Vicariæ Barcinon. rub.* 18. ejus practicam explicans.

DIS-





DISSERTATIO IV.

Enodatur Successio Testamentaria Filii emancipati ad Expositionem Justiniani in §. emancipatos 3. Instit. de exhæredatione liberorum.

1. *INstitutum Authoris, & Divisio hujus Capitis IV.*

2. *Sui hæredes, qui sint, & Authores, qui de Suitate tractant remissivè.*

3. *Filii emancipati, & emancipatio explicantur.*

4. *In suis datur Patria Potestas, non in emancipatis.*

5. *Filius suus est una & eadem Persona cum Patre, non emancipatus.*

6. *Pater Filiis suis tutorem in testamento dare potest.*

7. *Donatio facta à Patre Filio in potestate constituto invalida est.*

8. *Filius fam. non potest donare sinè consensu Patris.*

9. *Filius fam. non poterat de jure communi contrahere matrimonium sinè consensu Patris.*

10. *Filius fam. de jure ſſſ. non erat capax acquisitionis.*

11. *Filius fam. non potest facere testamentum.*

12. *Pater potest filiis suis pupillariter substituere, non emancipatis.*

13. *Filius vivô Patre est quodammodo Dominus bonorum paternorum.*

14. *Filius non acquirit, sed continuat Dominium bonorum Patris.*

15. *Filius in Patria Potestate constitutus est suus hæres.*

16. *Filius fam. est hæres necessarius Patris, non autem emancipatus.*

 17. *In*

17. In suis non datur hæreditas jacens.

18. Neque delatio, neque aditio, sed idem est instans delationis, & acquisitionis.

19. Hæreditas, seu bonorum possessio non adita non transmittitur.

20. Filii, seu hæredes ex capite & potentia suitatis hæreditatem non aditam ad quoscunque hæredes etiam extraneos transmittunt.

21. Filius emancipatus hæreditatem non aditam ex potentia suitatis non transmittit.

22. Stipulatio, quâ quis alteri stipulatur, inutilis est.

23. Pater filio suo stipulari potest.

24. Furtum omni jure prohibitum est.

25. Filius Patri furtum committit, quamvis in eum non detur actio furti.

26. Filius suus non potest institui, nisi sub conditione potestativa.

27. Filius in testamento Paterno necessario debet institui vel exheredari, aliàs testamentum est nullum.

28. De exhæredatione Authores, qui tractant remissivè.

29. Rationes decidendi, cur filio præterito Patris testamentum est nullum. 30. & 31.

32. Furiosus non potest facere testamentum.

32. Filia sua non necessariò à Patre institui vel exhæredari debet, & cur?

34. Multa adducuntur in favorem fœminini sexûs 35. 36.

37. Probatur, deteriorem, & pessimum esse fœmineum sexum authoritate Sacræ Scripturæ.

38. Probatur authoritate sanctorum Patrum.

39. Probatur authoritate Poëtarum.

40. Probatur authoritate Philosophorum.

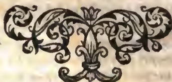
41. Probatur authoritate Politicorum.

42. Referuntur mala, & calamitates, quæ mundo propter mulieres obvenerunt, 43. 44. & 45.

46. Ponderantur aliquæ objectiones contra supradictum, quòd filia præterita non dicit testamentum nullum, 47. 48. & 49.

50. Filia præterita hàbet jus

108. Sol.



I.

SEcundùm ordinem promiſſum in Diſſ. 3. n. 1. poſtquàm latè vidimus de Teſtamentis, & Succeſſione Teſtamentaria, videndum nunc eſt de Succeſſione Teſtamentaria filii emancipati in hæreditate paterna à jure Prætorio introducta, qua explicabitur Juſtinianus in §. *emancipatos* 3. *Inſtit. de exhæredatione liberorum*; & cùm dictus §. *emancipatos* 3. duas contineat partes, ideò talem inſequendo diviſionem, duo in hac Diſſertatione diſcutienda veniunt. Primùm: utrùm filii emancipati neceſſariò ſuccedant Patri in teſtamento jure Civili, id eſt, utrùm jure Civili Pater teneatur filios emancipatos inſtituere, vel exhæredare, ità ut ſi ſint præteriti, teſtamentum ſit nullum? nam certum eſt, quòd ſi Pater vult inſtituere filium emancipatum, & illum inſtituit, talis inſtitutio jure civili valet. Secundum: utrùm de Jure Prætoris Pater teneatur inſtituere, vel exhæredare filium emancipatum, ità ut illo præterito teſtamentum à Prætore per bonorum poſſeſſionem contra tabulas reſcindatur? Videamus primum, & primam partem Juſtiniani.

2 Filii legitimi (relictâ multiplici diviſione filiorum illegitimorum, quos latè explicat Campanilis *in diverſ. Juris Canon. rub.* 11. *cap.* 13. *a n.* 2.) ſunt in duplici differentia juxta noſtrum Inſtitutum: filii *ſui*, & filii *emancipati*: filii ſui ſunt illi, qui ſunt in Patris poteſtate; & ſic obtinent primum gradum in familia: de quibus, & de ſuitate ſunt tex. *in ʃ. ſui* 2. *Inſtit. de hæredum qual. & differentia*, *ʃ. ſui* 2. *Inſt. de*

de hæredit. quæ ab intestato deferuntur, *L. lege Cornelia* 22. *in fine de testament. L. si quis filio* 6. *L.* 13. *ff. de injusto rupto. L. fin. de Condit. instit. L. scripto* 7. *ff. unde liberi*, *L.* 1. *§. si filius & §. sciendum ff. de suis & legitimis hæredibus*: de jure Castellæ *in leg.* 21. *tit.* 3. *parte* 6. & tractant omnes Institutistæ, & omnes Classici ad dictos textus, Jacobus Cujacius *lib.* 29. *qq. Papin.* ad leg. *scripto* 7. *ff. unde liberi.* Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 7. *ille.* 4. & tit. 2. *prin.* 4. *ille.* 3. Donellus *lib.* 7. *com. cap.* 2. *lit. E.*, & ibi Osualdus in notis, D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 4. *n.* 10. D. Melchior de Valentia *illus.* 3. *tot. tractatu* 3. *de suor. hæred. jure.* Josephus à Santolaria *interp.* 4. §. 2. *n.* 5. D. Josephus Retes *lib.* 3. *opusc. ad l. pupillus*, 79. *ff. ad Trebellian. à n.* 7. Alphonsus Caranza *de partu cap.* 2. *§.* 1. *n.* 135. D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 27. idem Santolaria *interp.* 11. *n.* 3. Valentinus Frosterus *lib.* 2. *succes.* 18. Antonius Goveanus *lib.* 1. *lect. cap.* 4. Julius Pacius *sect.* 5. *q.* 89.

Filii emancipati sunt illi, qui per emancipationem exierunt à Patria Potestate. Quid sit emancipatio, quô modô per solemnitates trinæ imaginariæ venditionis olim celebraretur, & quomodo hodie celebretur, habetur in §. *prætereà* 6. *Instit. quibus modis jus Patriæ Potestatis solvitur*, *L.* 5. *§.* 1. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testamento*, *L. pen. & ultim. Cod. de emancipatione liberorum*, explicant Instit., & repetentes ad dictos textus, Antonius Faber *lib.* 10. *Conject. cap.* 15. *& in papin. tit.* 12. *prin.* 10. *toto.* Donellus *lib.* 2. *Com. cap.* 26. & ibi Hylligerus *in notis lit. C.* & Boetius in *topicis Ciceronis.* Brissonius *lib.* 1. *antiquit. cap.* 7. *&* 11. Cujacius *lib.* 6. *diff. Modest. ad L.* 10. *de suis & legitimis hæred.* Rævardus *de Authorit. Prudent. cap.* 5. Petrus Faber *lib.* 2. *Semes. cap.* 23. *pag.* 343. & *cap.* 24. *pag.* 363. Antonius Pichardus *in §. fin. Instit. de legitim. Agnator. Success.* D. Hieronymus 3

Asin.

Asin. *ad rub. Cod. de usucap pro emptore n.* 16. Rosinus *lib.* 9. *antiquit. cap.* 5. Halicarnassæus *lib.* 2. *antiq. cap.* 28. D. Josephus Retes *lib.* 10. *opusc. cap.* 21. *à n.* 5. D. Hieronymus de Oros *de apicibus jur. civil. lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 19. *& lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 11. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 10. Spino *in specul. testam. glos.* 4. *rub. a n.* 16. Heringius *de fidejussoribus cap.* 7. *an* 124. Bobadilla *in sua Politica tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 174. Gomez *lib.* 2. *Var. cap.* 4. *n. fin.* Mierres *tom* 1. *Collat.* 6. *cap. de emancipatione pag.* 310. aliis citatis D. Acacius de Ripoll. *in Practic. Vicaria Barcinon. rub.* 18. D. Josephus Vela *disert.* 11. *n.* 62. & quod filius contrahens Matrimonium de consensu Patris pro emancipato habetur, *leg.* 47. *Tauri* quæ est *lex.* 8. *tit.* 1. *lib.* 5. novæ recapitulationis, D. Franciscus Hieronymus de Leo. *decis. Valentin.* 55. *n.* 3. *lib.* 1. Vela *disert.* 11. *n.* 63. & de jure Cath. habetur in *Constit. unica tit. de emancipatis.* Cancer *p.* 1. *Var. cap.* 10. *n.* 2.

4 Multæ in nostro Jure dantur differentiæ inter filios suos, & emancipatos, ex quibus multùm declarabitur suitatis tota materia: Prima differentia est, quòd filii sui sunt in patria potestate, & sacris paternis constituti: Suitas enim essentialiter requirit patriam potestatem, ùt constat ex dictis n. 2. Filii autem emancipati non sunt in Patria Potestate: Per emancipationem enim dissoluta fuit Patria Potestas, *§. prætereà* 6. *Institut. quibus modis Patria Potestas solvitur*, explicant Authores citati n. 3.; & ratio hujus est, quia Patria Potestas est quid juris, & etiam emancipatio juris est; & nihil tam naturale, quàm quòd unumquodque dissolvatur eô genere, in quo colligatum est, L. *nihil tam naturale* 35. *L.* 100. *L.* 153. *ff. de reg. juris.* Sic Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. Secundò, quia quando Pater filium emancipabat, illum trinâ vice vendebat, & pugnis malè tractabat, & sic indignus videbatur Pater habendi jus

jus Patriæ Potestatis in filium, quem ter venumdedit, & tam malè tractavit. Faber *in Pap. d. prin.* 10. Oros. *de apicib. jur. lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 19. Tertiò, quia cùm Patria Potestas in jure naturali fundata ex se indissolubilis sit, necessarium fuit visum, quòd in aliam potestatem transfunderetur, & novaretur, quæ ex sua natura esset dissolubilis, qualis fuit potestas dominica, quæ jure Gentium per manumissionem dissolvitur, *L.* 4. *ff. de Justitia & Jure*, *prin. tit. Instit. de libertinis*, latè discurrit D. Josephus Retes *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 6. Quartò, quia Potestas Patria, & potestas servilis incompatibiles sunt, *§. apud Catonem*, 12. *Instit. de adoptio.* Donellus *lib.* 2. *cap.* 15. & ibi Osualdus *lit. D. & F.* Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *ill.* 23. Sed quando Pater filium emancipabat, illum trina mancipatione vendebat, & filius fiebat servus emptoris, *L.* 1. *§.* 1. *ff. de Capite minutis*, *§. nunquam* 3. *Instit. eodem.* Oros *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 19. Sicque dabatur in eum dominica seu servilis potestas: Ergo non potest post emancipationem in Sacris paternis remanere, sed dissolvitur Patria Potestas. Hæc differentia Patriæ Potestatis inter filios suos, & filios emancipatos est principalis basis & fundamentum, in quo aliæ differentiæ fundantur. 5

Secunda differentia inter filios suos, & emancipatos est, quòd filius suus fictione Juris Civilis descendente ex Patria Potestate, una & eadem persona cum Patre reputatur, *L. frater à fratre* 38. *ff. de Condict. indebiti Leg. lis nulla* 4. *ff. de Judiciis.* L. *Imperator.* 50. *ff. ad S. C. Trebellianum*, L. *nec cum filio ff. de furtis*, L. *stipulatio* 38. § *alteri ff. de V. O.* L. *quod dicitur* 130. *ff. eod.* L. *cum scimus in fine Cod. de Agric. & Censit. Lib.* 11. §. 12. *Instit. de Oblig. quæ ex delicto nascuntur §. & verò* 4. *§. post mortem* 12. *Instit. de inutilib. stipulat.* L. *fin. Cod. de impub. & aliis substitut.* & ibi Baldus., Lucas de Penna in D. L. *cùm scimus C.*

de Agricol. & Censit. Gratianus *discept.* 612. *n.* 11. Cujacius in *leg.* 1. *de Just. & Jure circa finem.* Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 7. Merillius *Lib.* 2. *obser. cap.* 4. aliis Citatis Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. D. Joannes del Castillo *Lib.* 3. *cap.* 22. *n.* 6. Altaserra *de fictionibus tract.* 1. *cap.* 10. Castrens. *Consf.* 264. *Col.* 3. *Lib.* 2. : De Jure Canonico, *Can. jam itaque* 1. *q. cap.* 30. *Ecclesiastici : Mortuus est Pater ejus, & quasi non est mortuus: Similem enim reliquit sibi post se.* Tiraquellus de *Jure Primog. cap.* 40. *n.* 31. D. Ludovicus de Paguera *Decis.* 116. *n.* 3. Joannes Borcolt. *de V. O. cap.* 4. *n.* 3. Aristoteles *Lib.* 5. *Ethicor. cap.* 5. Seneca *in Octavian. act.* 2. *in fine : cùm portet utero pignus*, & *partem mei.* *Ovidius Epistol. Didonis ad Æneam* :

Forstan & gravidam Dido, scelerate, relinquis
Parsque tui latitet Corpore clausa meo.

D. Hieronymus de Oros. *Lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 2. Josephus Martinez de Villar *de Pupillari substit. cap.* 1. *§.* 2. *n.* 3. D. Antonius Graña Nieto *in cap.* 22. *de Testibus n.* 2. Marsilius *de fideju. n.* 308. Schefordegerus *Lib.* 3. *tract.* 5. *q.* 4. D. Martinus de Larreategui *Lib. Select.* 1. *cap.* 6. *n.* 2. Oros. *Lib.* 5. *cap. fin. n. fin.* P. Peirinis *Tom.* 1. *q.* 1. *§.* 1. Merillius *Lib.* 3. *obs. cap.* 4. Salvianus *Lib.* 3. *de gubernat. Dei.* D. Franciscus de Amaya *Lib.* 3. *obs. cap.* 1. *§.* 2. *n.* 20. Senator de Tristany *tom.* 2. *decis.* 31. *n.* 70. pluribus Petrus Roez *decis. Lusitan.* 3. *an.* 362. Petrus Fontanella *de pactis nupt. tom.* 1. *Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 1. *n.* 63. taliter quòd quamvis Pater & filius sint una eademque persona; tamen illa persona in in Patre radicatur, & in eo eminet Majestas & Dominatio, Cujacius *in L. ult. C. de Patria Potest.* Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 7. *illat.* 3. Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap. n.* 1. *in fine* : Filii autem emancipati (quamvìs non defuerint aliqui, ùt Corneus & Corasius *in leg. fin. Cod. de impuberùm, & aliis substit.* Menochius *de præsumpt. Lib.* 4. *præsumpt.*

18. *n.*

18. *n.* 36. Decius *in d. l. fin. n.* 2. fundati *in d. l. fin.* in illis verbis : *Cùm naturâ Pater & filius eadem esse persona penè intelligantur*, qui dixerunt Patrem & filium emancipatum esse unam & eandem personam) in communi & veriori opinione sunt diversæ personæ à persona Patris, cùm dissolutum sit illud Vinculum Patriæ Potestatis , in qua talis personarum identitas fundatur. Jason *in d. l. fin. n.* 3. Mascardus *de probat. Conc.* 1151. *n.* 23. Lara *in L. Si quis à liberis ff. de agnos. liberis in prin. à n.* 45. aliis citatis Fontanella *tom.* 1. *de pact. nupt. Claus.* 4. *glos.* 7. *p.* 1. *n.* 65.

Ex qua alia & tertia differentia sequitur inter filios suos & emancipatos , quòd scilicet Pater filiis suis impuberibus in Sacris Paternis constitutis in testamento suo tutores dare potest, §. *permissum* 3. *Inst. de tutelis* L. 40. *ff. de administrat. tutor.* L. 1. *de testamentaria tutela.* L. 73. §. 1. *ff. de reg. juris.* L. *ult. Cod. quando Tutores vel Curatores.* Hotmannus *in* §. 3. *instit. de tutelis & lib.* 6. *obs. cap.* 5. Decius *in L.* 73. §. 1. *ff. de reg. jur.* Donellus *Lib.* 3. *Com. cap.* 4. & ibi Osualdus *in notis lit. B.* Antonius Faber *in pap. tit.* 13. *prin.* 1. *illat.* 25. *& seq.* D. Hieronymus de Oros. *de apicibus Lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 3. ità ut tutela sit quædam portio Patriæ Potestatis. Faber *in pap. tit.* 12. *de tutelis aliis* 13. *prin.* 1. D. Josephus Vela *dissert.* 1. *n.* 50. Filiis autem emancipatis Pater tutorem dare non potest , & talis datio non valet , nisi à Prætore fuerit confirmata , §. *sed etsi* 5. *Instit. de tutelis L.* 1. §. 1. *ff. de confirm. tutore, L.* 1. *& tot. tit. Cod. eod.* Donellus *Lib.* 3. *Com. cap.* 5. *per totum* , & aliis allegatis Osualdus *in notis* , Antonius Faber *in pap. tit.* 13. *prin.* 1. *ill.* 32. *&* 34. aliqua Cancer *p.* 1. *Var. cap.* 7. *an.* 9. 6

Quarta differentia est , quòd Pater filiis suis in potestate retentis non potest donare , & talis donatio in jure invalida est. L. *donationes, C. de donat. inter* 7

ter Virum & Uxorem, L. 2. *Cod. de inofficiof. donatio.* arg. ex leg. *Pomponius Philadelphus* 35. *ff. famil. ercisc.* Antonius Gomez 2. *Var. cap.* 4. *n.* 25. & in leg. 17. *Tauri n.* 4. & in leg. 29. *n.* 26. Gratianus *discept. forens. cap.* 82. *n.* 2. & 3. Menochius *Lib.* 3. *præsumpt.* 29. *n.* 1. Pinellus *in L.* 1. *Cod. de bonis matern. p.* 4. *n.* 62. Fregofius *de regim. Reipubl. p.* 3. *Lib.* 2. *disp.* 3. §. 5. *n.* 159. Petrus Gregorius Sintag. *Lib.* 28. *cap.* 9. *n.* 8. & 9. Cardofo *in praxi* verbo, *donatio*, *n.* 8. Faber *Lib.* 7. *conject. cap.* 11. & *de error. pragm. decad.* 41. *er.* 6. *an.* 12. Cevallos *Com. contra Com. q.* 245. *n.* 8. Regens Leo *decis. Valentin.* 12. *n.* 7. Trentacinquius 3. *Var. tit. de donatio. recol.* 9. *n.* 2. Caldas Pereira *conf.* 28. *n.* 26. Robles *de represent. Lib.* 2. *cap.* 23. *n.* 38. pluribus Barbofa in leg. *donationes Cod. de donatio. inter Virum & Uxorem n.* 2. Altogradus *Conf.* 8. *n.* 7. & 23. Valenzuela, Velafquez *Conf.* 112. *n.* 24. Clarus *in* §. *donatio q.* 8. Hermofilla *in leg.* 3. & 4. *part.* 5. *Glof.* 1. *n.* 13. D. Ferdinandus Arias de Mefa *Lib.* 3. *Var. cap.* 12. *n.* 1. Antonius Faber *in pap. tit.* 3. *prin.* 2. *ille.* 14. & *tit.* 8. *prin.* 1. *ille.* 4. Ramos *in M. S. ad leg. frater à fratre* 38. *de Condict. indebiti. n.* 7. & 8. Diana *part.* 8. *tract.* 6. *de donatio. recol.* 21. Cutellus *de donatio. tom.* 1. *discurs.* 2. *part.* 1. Henricus Boerius *in tract. de donatio. cap.* 3. *ex n.* 5. Pichardus *in tract. de acq. hæred. cap.* 15. *n.* 44. D. Melchior de Valentia *illuf.* 3. *tract.* 2. *ex n.* 17. Guttierez *de juram. confirmator.* 1. *p. cap.* 4. *n.* 1. aliis citatis D. Dominicus Antunez de Portugal, *de donationibus tom.* 1. *Lib.* 1. *prælud.* 2. §. 5. *an.* 1. pluribus D. Jofephus Ferdinandez de Retes *in academica relectio. de don. cap.* 13. de jure Caftellæ habetur in *leg.* 3. *tit.* 4. *part.* 5. *L.* 4. *tit.* 15. *part.* 6. D. Hieronymus de Oros. *de apicibus Lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 36. & 37. Jacobus Cujacius *Lib.* 8. *respons.* Papin. *in leg.* 77. §. *Pater filia* 17. *ff. de leg.* 2. & *Lib.* 2. *ad leg. Pomponius* 35. *ff.* *fe-*

familiæ ercisc. Vivius *in Communib. Opinio.* Verbo *donatio Lo.* 2. Emanuel Suarez à Ribeyra *in thesaur. recept. Sentent.* Verbo *donatio à Patre in filium n.* 194. Georg. Viennen. *in pap. parte suorum Schemat. in* 4. *Lib. instit. de donatio. n.* 13. *pag.* 299. Tiber. Decianus *respons.* 74. *n.* 1. *vol.* 2. *ex nostris Cancer.* Var. *p.* 1. *cap.* 8. *n.* 85. Fontanella de *pact. nupt. tom.* 1. *claus.* 4. *an.* 1. *& d. claus.* 4. *glos.* 7. *p.* 1. Nisi Pater occasione militiæ filio militi, vel in militiam profecturo donaverit, tunc valet donatio, quia peculio Castrensi imputatur *L.* 3. §. 4. *ff. de donatio. inter. L.* 1. *L.* 4. & 8. *de Castrensi peculio. L.* 1. *Cod. eodem*, *Lib.* 12. D. Josephus Retes *de donatio. cap.* 10. *n.* 3. & pluribus *Lib.* 5. *opusc. cap.* 2. *a n.* 16. vel si donatio morte, & perseverantia Patris fuerit confirmata, leg. *cùm hic status* 3. *ff. de donatio. inter*, Paulus 5. *Sententiar. tit.* 11. §. 3. Gomez *in leg.* 17. Taur. *n.* 4. Fachineus *Lib.* 5 *cap.* 73. Sanchez *de Matrimonio Lib.* 6. *disp.* 14. *n.* 6. Marius Cutellus *de donatio. tract.* 1. *discurs.* 2. *p.* 1. *n.* 18. *&* 37. pluribus Portugal *de donat. tom.* 1. *L.* 1. *pralud.* 2. §. 5. *n.* 4. Fontanella *de pact. nupt. tom.* 1. *Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 2. *an* 29. Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 8. *n.* 87. argumenta contraria dissolvens, Retes *de donatio. cap.* 10. *an.* 6. vel si donatio fiat à Patre filio de legitima *L. si non mortis ff. de inofficios. testam.* L. *si quandò* §. *generaliter Cod. eodem*, Morquecho *de divisione bonor. Lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 7. *&* 10. pluribus Portugal *de donatio. tom.* 1. *Lib.* 2. *pralud.* 2. §. 5. *n.* 8. vel si fiat causa studiorum, *L. Macedoniani Cod. ad SC. Macedonianum.* Paschalis de viribus Patriæ potest. *p.* 1. *cap.* 4. *n.* 33. Carvalho *in cap. Raynaldus de testam. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 115. pluribus Portugal ubi supra *n.* 14. vel si donatio fuerit facta à Patre filio in potestate constituto pro alimentis, Cutellus de *donationib. tract.* 1. *discurs.* 2. *particul.* 14. *n.* 7. *&* 8. Portugal *tom.* 1. *Lib.* 1. *pral.* 2. §. 5. *n.* 30. vel si Pa-

ter donet filio pro ordinibus fufcipiendis, Gratianus *cap.* 231. *n.* 23. Hermofilla *in leg.* 3. *tit.* 4. *partit.* 5. *Glof.* 1. *n.* 28. Portugal. *ubi fuprà num.* 36., vel fi donatio fiat filiis nafcituris, feu pofthumis, Surdus *Decif.* 111. Portugal. *ubi fuprà num.* 75. Fontanella *Clauf.* 4. *in prin. n.* 4. *&* 5. *&* 12. vel fi facta fuerit à Patre ad remuneranda filii beneficia & benemerita. Portugal. de donatio. *Tom.* 1. *Lib.* 1. *pralud.* 2. §. 5. *n.* 31. pluribus nofter Fontanella *de pactis nupt. Clauf.* 4. *Glof.* 7. *p.* 2. *an.* 1. Vel fi talis donatio fuerit à Patre juramento vallata, latè Portugal. *ubi fuprà num.* 27. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 8 *n.* 91. pluribus Fontanella *Clauf.* 4. *Glof.* 7. *part.* 2. *n.* 57. Et tandem fi fiat favore & contemplatione Matrimonii, L. *Pomponius* 35. *ff. familiæ ercifc.* L. *uxorem* §. *teftamento deleg.* 3. D. Martinus *de la Reategui Lib.* 4. *Select. cap.* 8. Valentia *illuf.* 3. *tract.* 2. *cap. unic. n.* 25. Retes *de donatio. cap.* 10. *n.* 4. *& Lib.* 8. *cap. ultim.* folvens antinomiam *d. l.* 35. *cum leg.* 77. §. *pater* 17. *delegat.* 2. Hieronymus Leo *decif. Valentin.* 12. *n.* 8. pluribus Portugal *de donatio. Tom.* 1. *Lib.* 1. *pralud.* 2. §. 5. *n.* 29. Fontanella *Clauf.* 4. *in prin. n.* 6. *& Glof.* 7. *n.* 1. D. Francifcus de Amaya *Lib.* 3. *obf. cap.* 1. §. 1. *n.* 28. & *Lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 17. Fachineus 13. *Contr. cap.* 59. & 63. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 8. *n.* 95. In filiis enim emancipatis fecùs eft, Pater enim filio emancipato donare poteft, ùt tradunt plures ex Authoribus fupràcitatis, ità ut fi Pater donet filio fuo in poteftate retento, & pofteà illum emancipet, emancipatione confirmatur talis donatio, L. *donationes*, §. *Pater ff. de donatio.* L. *fivè emancipatis Cod. eod. L.* 2. *Cod. de inoffic. donatio.* Rauden. *Singul.* 874. Cancer *Var. cap.* 8. *n.* 8. aliis citatis D. Dominicus Antunez de Portugal *Tom.* 1. *Lib.* 1. *pral.* 2. §. 5. *n.* 6.

8 Similis eft alia quinta differentia inter filios fuos & emancipatos, quòd cùm donare fit perdere, filius

lius fam. in Poteſtate Patris conſtitutus, etiamſi habeat liberam peculii adminiſtrationem, non poteſt donare, *L. filius fam.* 7. *in prin.* & §. *patri ff. de donatio. L.* 28. §. 2. *ff. de pactis L.* 2. §. 8. *de donat. inter Vir. & Uxor. L.* 1. §. 1. *ff. quæ res pignori L.* 5. §. 26. *ff. de furtis.* Benedictus Ægidius *in L.* 1. *Cod. de Sacroſ. Eccleſiis p.* 1. §. 7. *n.* 21. Covarruvias *de teſtam. in Rub. p.* 3. *n.* 8. Valeron *de tranſactio. tit.* 4. *q.* 4. D. Joſephus Retes *de donat. cap.* 11. *n.* 10. Portugal *de donatio. Tom.* 1. *Lib.* 1. *præl.* 2. § 5. *n.* 48., nec poteſt bona ſua alienare. *L. fin.* §. *pen. Cod. de bonis, quæ liberis.* Farinacius *Tom.* 1. *qu.* 24. *n.* 5. Fontanella *Clauſ.* 4. *Gloſ.* 7. *p.* 3. *n.* 16. Nisì de peculio Caſtrenſi, vel quaſi Caſtrenſi filius donaverit. L. *filius fam.* 7. §. *ult. ff. de donatio.* latè Retes *Lib.* 5. *Opuſc. cap.* 3. Vel ſi conſentiente Patre donat, valet donatio tam inter vivos, quàm mortis causâ. *L. tam is* 25. §. 1. *ff. de donatio. cauſa mortis* L. *filius fam.* 7. §. *pari ff. de donatio.* Pichardus *in prin. tit. Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtament. n.* 3. Ægidius ubi ſuprà *d* §. 7. *n.* 16. & 21. Covarruvias *in rub. de teſtament. p.* 3. *n.* 8. Tondutus *Reſol. Civil. cap.* 156. *n.* 1. Valentia *illuſ.* 3. *tract.* 5. *cap.* 3. *n.* 9. Retes *Lib.* 1. *Opuſc. cap.* 22. *n.* 8. Antunez de Portugal *Tom* 1. *Lib.* 1. *prælud.* 2. §. 5. *n.* 49. Filii autem emancipati, cùm propria bona habeant, poſſunt de eis tam causà mortis, quàm non causâ mortis donare, & bona ſua alienare: Verùm equidem eſt, quòd de jure noſtro municipali Cathal. filii emancipati minores 25. annorum, qui adhuc Matrimonium non contraxerunt, non poſſunt facere & celebrare Contractus obligatorios, *Conſtit. tit. de Minoribus* 25. *Annorum*, & de ſimili ſtatuto Neapolis teſtatur Ganaverro *deciſ.* 54. *num.* 5. latè Cancer. *Var. p.* 2. *cap.* 1. *per totum* Fontanella *de pactis nuptialibus Clauſ.* 4. *Gloſ.* 7. *p.* 3. *num.* 41.

Sex-

9 Sexta differentia inter filios fam. & emancipatos est, quòd filius fam. de jure communi Romanorum non poterat Matrimonium contrahere sinè consensu Patris, benè verò filius emancipatus, *L. 2. ff. de ritu Nuptiarum. L. 12. Cod. eodem. prin. tit. Instit. de Nuptiis. L. unica Cod. de Rapt. Virgin. & Viduar. L. 7. L. 11. cum seq ff. de sponsalibus L. nuptia inter ff. de ritu nuptiar. Genes. cap.* 24. Abraham misit servum suum in Mesopotamiam ad quærendam Uxorem filio suo Isaac, qui nupsit de consensu Patris sui, & *cap.* 28. *ejusdem Genes.* Jacob accepit Uxorem de consensu Patris sui Isaac, & *Lib. Judicum cap.* 14. Samson dixit Parentibus suis: *Vidi Mulierem in Thamnatha de filiabus Philisthmorum, quam quæso ut mihi accipiatis Uxorem;* & *Ecclesiastic. cap.* 7. legitur: *Da filiam tuam Viro prudenti;* & idem D. Paulus 1. *ad Corinthios cap.* 7. Tertullianus *lib.* 2. *ad Uxorem. Nam nec in terris filii sinè consensu Parentum ritè & jure nubent*, Brissonius *de jure connub. fol.* 71. Connanus 8. *Com. cap.* 4. Cujacius *Lib.* 3. *obs. cap.* 5. Barbosa *in L.* 1. *ff. solutô Matrimoniô* 4. *p. n.* 3. Pichardus *in prin. tit. Instit. de inofficioso testam. n.* 25. Antonius Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 4. Merillius *in L.* 25. *Cod. de Nuptiis.* Gaspar Antonius Thesaurus *q.* 70. *n.* 4. *Lib.* 1. Codex Fabrianus *Lib.* 5. *tit.* 2. *de Nuptiis defin.* 2. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 7. Cujacius *Lib.* 10. *qq. papin. ad L.* 63. *ff. de jure dotium.* D. Hieronymus de Oros. *de apicib. jur. civil. Lib.* 5. *cap.* 13. *an.* 9. Fontanella *de pactis nuptialibus. Clauf.* 4. *Glos.* 2. *n.* 1. & Authores infrà citandi: quæ quidem antiqua solemnitas Matrimonii liberum consensum nimiùm impediens à Sacris Canonibus derogata fuit, & constitutum, quòd jure Canonicò (quòd magis in Matrimoniis attenditur, *Can. Euphemium* 2. *q.* 3. *cap. ult. de secundis nuptiis.* pluribus Peregrinus *de Fidei-commiss. art.* 24. *n.* 50. Fontanella *d. Clauf.* 4. *Glos.* 2. *n.* 2.) filius

filius fam. posset contrahere Matrimonium absque consensu Patris, & quòd tale Matrimonium validum sit. *Cap. cùm Virùm de regularibus*, Can. *sufficiat* 27. *q.* 2. *cap. hoc Sanctum* 32. *q.* 2. *cap.* 1. *de sponsalib. impub.* cap. *veniens* 1. *de sponsalibus*, Bellarminus *Lib.* 1. *de Sacramento Matrimonii cap.* 19. & 20. Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 4. Amaya *Lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 9. Didacus *in epitom. ad.* 4. *Decretal.* 2. *p.* cap. 3. §. 8. Nicolaus Bellonus *in Antinom. juris Lib.* 2. *contrarietate* 3. Riminaldus junior. *Conf.* 113. *per tot. volum.* 1. Sanchez *de Matrim. Lib.* 4. *disp.* 22. *n.* 3. Joannes Guttierez *in pract. Lib.* 2. *q.* 5. Jacobus Cancer *p.* 1. *cap.* 24. *à n.* 1. Fontanella *d. Clauf.* 4. *Glos.* 2. *n.* 2. cujus opinionis habemus Sacræ Scripturæ textum in Lib. *Judicum cap.* 14. ubi quamvis Parentes Samson ab initio dissentirent ejus Matrimonio cum Philistea, posteà consenserunt, videntes forsitan, quòd non obstabat eorum dissensus validitati Matrimonii, & in *cap.* 26. *Genes. vers.* 34. ubi Esau contraxit Matrimonium sinè consensu Parentum suorum Isaac & Rebeccæ, & tamen matrimonium validum fuit. Non defuerunt tamen Authores, qui contra Sacros Canones ausi fuerunt defendere, quòd adhuc Matrimonium contractum à filio fam. sinè consensu Patris esset nullum, Chassaneus *in Cathalog. Gloriæ Mundi p.* 12. *Consid.* 36. Corasius *Lib.* 1. *Miscel. cap.* 17. Oldendorpius *q.* 4. *Classe Actionum* 26. *action.* Aldobrandinus *in prin. tit. Instit. de nuptiis*, propter quos, & dubium hujus opinionis resolutum fuit à S. Tridentino Concilio, quòd Matrimonium contractum à filio fam. vel filia fam. sinè consensu Patris sit validum; *Concilium Tridentinum de reformat. Matrim. cap.* 1. *Sess.* 24., Cevallos *com contra com. Lib.* 2. *q.* 604. *n.* 31. *cum seq.* Faber *in Cod. Lib.* 5. *tit.* 2. *diffinit.* 2. Anton. Guiber. Costa *quæstionum juris Lib.* 1. *cap.* 12. *per totum.* Guttierez *Lib.* 1. *Canonicar.* 20. *& tract. de Ma-*

trim. cap. 79. Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 4. *n.* 9. Fontanella *de pact. nuptial. Claus.* 4. *Glos.* 2. *n.* 3. Nec post Sacram Tridentinam Synodum Authores contrariæ opinionis anathemate damnantem defuit Arnoldus Vinnius, qui malè de Tridentina Synodo sentiens *in prin. tit. Instit. de Nuptiis* tenuit, Matrimonium sinè consensu Patris à filio fam. contractum invalidum, in quo à Sacro-Sanctæ Inquisitionis piaculo correctus est. Verùm equidem, quòd in communi Theologorum sententia filius fam. sinè consensu Parentum contrahens Matrimonium, peccat mortaliter, Alphonsus *de vera Cruz. in specul. conjug.* 3. *p. art.* 20. *Concl.* 3. Salgado *de justitia & jure q.* 5. *art.* 5. *tit. possintnè Parentes filios contra voluntatem &c. Concl.* 1. Navarrus *in Manuali cap.* 14. *n.* 15. Barbosa *in L.* 1. *ff. solutô Matrimoniô p.* 4. *n.* 37. Thesaurus *q.* 70. *n.* 7. *Lib.* 1. Guttierres *canon. qq. cap.* 20. *n.* 3. Sanchez *de Matrim. Lib.* 4 *disp.* 13. *n.* 10. Cephalus *in Cons.* 421. *n.* 64. Cevallos *Lib.* 2. *q.* 604. *n.* 34. Menochius *Conc.* 69. *n.* 23. & 25. *Lib.* 1. & *de arbitra. Lib.* 2. *cap.* 453. *n.* 6. Spino *in speculo testam. Glos.* 14. *prin. de legatis sub Condit. n.* 8 Covarruvias *de Matrim. p.* 2. *cap.* 3. §. 8. *an.* 1. Fontanella *d. Claus.* 5. *Glos.* 2. *à n.* 6.

10 Deveniamus ad aliam & septimam differentiam multùm in jure celebrem inter filios suos, & emancipatos, & est, quòd filii sui in Sacris Paternis constituti quidquid acquirunt, Patri acquirant: Quamvis enim non defuerint multi Doctores, qui defenderint, quòd filius fam. de jure ffff. erat capax acquisitionis in eo casu, quô Pater noluerit sibi acquirere, ùt Antonius Faber *in pap. tit.* 1. *prin.* 3. *illat.* 2. & *tit.* 11. *prin.* 7. *illat.* 9. Schifordegerius *Lib.* 8. *tract.* 5. *q.* 9. Pichardus *in tract. de acq. hæredit. cap.* 15. quam opinionem novissimè struere prætendit D. Hieronymus de Oros. *Lib.* 1. *cap.* 5. tamen communior

nior & verior opinio est, quòd filius fam. de jure fff. est incapax acquisitionis, & quòd quidquid acquirit, Patri etiam invito, & ignoranti acquirat, § *igitur* 1. *Instit. per quas personas nobis acquiratur L.* 19. *ad Trebellian. L.* 11. §. *si filio d. leg.* 3. *L.* 16. *ff. de auro & arg. legato L.* 75. §. 1. *ff. ad SC. Trebellian. L.* 5. *de Collatio. bonor. L.* 6. *ff. unde liberi L.* 56. §. 1. *ff. de fidejussoribus.* Ægidius Hortensis *in prin. tit. Instit. de autorit. tutor.* & §. 2. *Instit. per quas personas.* Bartolus & DD. in *leg.* 79. *ff. de acq. hæredit.* Giphanius *in Lectura Altorphina leg.* 32. *ff. eod.* Donellus *Lib.* 9. *cap.* 5. *& ibi* Osualdus *Lit. L.* Osualdus *Lib.* 8. *cap.* 10. *Lit. E.* Valentinus Froster. *de Success. ab intestato Lib.* 7. *cap.* 2. *n.* 4. D. Melchior de Valentia *illus.* 3. *tract.* 2. *cap. unico toto.* D. Martinus de Larreategui *Lib.* 8. *select. cap.* 10. *n.* 3. D. Joannnes Chumacerro *selectar. juris disp.* 2. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 2. *obs. cap.* 17. *n.* 6. D. Josephus Vela *disert.* 7. *n.* 33. contrariam damnans D. Josephus Retes *in adversar. cap.* 24. *n.* 3. Fontanella *de pact. nuptial. Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 1. *n.* 69. usque dum facta fuit ab Imperatore Justiniano illa differentia peculii Castrensis, & quasi Castrensis, profectitii & adventii *in* §. 1. *Instit. per quas personas*: de peculio Castrensi, & quasi Castrensi D. Josephus Ferdinandus de Retes *Lib.* 5. *opusc. per totum*: de peculio profectitio D. Martinus de Larreategui *Lib.* 1. *Selectar. per totum.* de peculio adventitio latè Pinellus *in L.* 1. *p.* 1. *n.* 10. *Cod. de bonis Maternis-* D. Joannes de Castillo Sotomayor *Lib.* 1. *de Usufr. cap.* 3. *per totum*, & de omnibus quatuor generibus peculii Petrus Joannes Fontanella *de Pactis Nuptial. Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 3. *a n.* 1. Filii autem emancipati non Patri, sed sibi adquirunt, & capaces sunt adquisitionis §. 2. *Instit. per quas personas L.* 31. §. 2. *ff. de donat.* Arg. *ex leg.* 53. *ff. de peculio.* Mynsing. *in d.* §. 2. *n.* 3. D. Franciscus de Amaya

Lib. 1. *cap.* 17. *n.* 5. Nisi in casu quo filio emancipato post emancipationem obvenerint bona à Matre vel à genere materno, quia tunc Patri dum vivit, virilis pars ususfructûs tribuitur. *L. si Avia Cod. de bonis matern.* Mynsinger. *in* §. 2. *Instit. per quas personas n.* 3.

11 Octava differentia inter filios suos & emancipatos optima est, scilicet quòd filius fam. in Sacris Paternis constitutus non potest facere testamentum: *Tex. in prin. tit. Instit. quibus non est permissum facere testamentum*, L. *qui in potestate* 6. Leg. *filius* 16. Leg. 19. *ff. qui testamenta facere possunt* L. 1. §. *exigitur* 8. *ff. de bonor. possess. secundùm tabulas.* L. *Senium* 3. §. 1. *Cod. qui testam. facere possunt. L. ult. Cod. de Sententiam passis & restitutis. L.* 25. §. 1. *ff. de mortis causâ donation. L.* 3. *versic. quia Pater L.* 7. *Leg.* 9. *ff. de jure Codicillor. L.* 14. & *seq. de testament. L.* 12. §. *Codicillis ff. de captivis* L. *verbis legis* 120. *ff de V. S.* Cajus *Lib.* 2. *Instit. tit.* 2. §. 2. Ulpianus *Lib. Reg. tit.* 20. §. 10. & de jure Castellæ habetur *L.* 13. *tit.* 1. *p.* 6. explicant omnes Classici ad. d. Leg. & Institut. *in d. prin. tit.* Cujacius *in L.* 6. *ff. qui testam. facere possunt.* Duarenus ad *tit. qui testamen. facere possunt. cap.* 2. Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 5. & ibi Osualdus *Lit. B.* Gifanius *in L.* 25. §. 1. *ff. de mortis causa donationib.* Connanus *Lib.* 9. *Com. cap.* 4. Antonius Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 3. *illat.* 4. Gothofredus *in L. penult. Cod. qui testam. facere possunt.* Pichardus *in lecturis de acq. hæredit. cap.* 15. *n.* 32. Faber *de error. decad.* 45. *er.* 7. Joannes Dauth. *de testament. n.* 19. 127. & 147. Arias de Mesa *Lib.* 2. *Var. cap.* 39. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 2. *obs. cap.* 16. *n.* 16. D. Josephus Retes latissimè decem contraria argumenta solvens *Lib.* 1. *Miscel. cap.* 22. *illat.* 3. *n.* 8. D. Hieronymus de Oros *de apicibus Lib.* 5. *cap.* 6. Fachineus *Lib.* 5. *Contr. cap.* 64. Rubeus *Cons.* 95. *n.* 3. Thesaurus

rus *decis.* 150. *n.* 10. Clarus §. *testamentum q.* 5. *n.* 6. Xammar. *rer. judicat. diff.* 45. *n.* 2. Nisì filius fam. fuerit miles & testatus fuerit de peculio Castrensi *d. prin. tit. Instit. quibus non est permissum facere testament.* §. *ult. Instit. de testam. militis. L. fin. Cod. de inofficios. testam. L.* 7. §. *ult. ff. de donatio. L. pen. & ult. Cod. qui testam. facere possunt*, L. 2. *ff. ad SC. Macedonian.* Juvenalis *Satyr. ultima*

Solis prætereà testandi Militibus Jus vivô Patre datur.

explicant ferè omnes Authores supracitati, & latissimè D. Josephus Retes *Lib.* 5. *Opusc. cap.* 3. §. 1. De jure Regio Castellæ novissimo filiis jam puberibus quamvis in Patris potestate sint, testari permittitur, possuntque de tertia parte bonorum inter extraneos disponere relictis Patribus, vel Ascendentibus aliis duabus tertiis partibus *L.* 5. *Tauri*, quæ est lex 4. *tit.* 4. *Lib.* 5. *Compilat.* L. 6. *Tauri*, id est *L.* 1. *tit.* 8. *Lib.* 5. *Compilat.* Gomez *in L.* 5. *Tauri*, & post alios Spino *de testam.* 4. *p. rub. n.* 13. Retes 1. *Opusc. cap.* 22. *n.* 14. De jure nostro Cathal. filius non potest testari, nisì ad pias causas, & cum consensu Patris, ùt ità decisum refert Xammar. *diff.* 45. *n.* 6. Si autem ad pias causas non testetur, non valet testamentum filii fam., quamvìs in eo detur clausula Codicillaris, nisì in casu, quô datur clausula, quòd valeat tale testamentum in vim donationis causâ mortis, & sit confectum cum consensu Patris, ità decisum in Cath. refert Xammar *d. diff.* 45. Filii autem emancipati cùm jam sint à Sacris Paternis liberati, & Patres fam. possunt testamentum facere, *Leg.* 20. *de V.S.* tenent ferè omnes AA. supracitati. 12

Nona differentia inter filios suos, & emancipatos circà hanc materiam ultimarum voluntatum est, quòd cùm pupilli, & impuberes non possint facere testamentum §. *prætereà* 1. *Instit. quibus non est permis-*

sum facere testamentum L. 5. ff. eod. L. 19. §. 1. ff. de captivis L. 8. 9. 10. & 11. ff. de testam. L. ult. Cod. de testament. militis. L. 3. Cod. qui testamentum facere possunt. L. 4. Cod. eod. L. 1. §. exigit ff. de bonor. poss. secundùm tab. L. 1. de suis & legitim. hæredib. L. 2. Cod. quando provocare non est necesse L. 1. §. 1. ff. de tutela & rationibus distrahendis: Rex Alphonsus in L. 13. tit. 1. p. 6. & ibi Gregorius Lopez Glos. 13. Paulus Lib. 13. Sent. tit. 4. §. 1. Cajus Lib. 2. Instit. tit. 2. §. 3. Gæddeus in L. 20. de V. S. n. 6. Donellus 6. Com. cap. 5. & ibi Osualdus Lit. P. pluribus D. Josephus Retes Lib. 1. cap. 22. §. 4. n. 29. D. Josephus Martinez del Villar de pupillari cap. 1. §. 2. n. 7. latissimè Franciscus Antonius Escalona de jure univers. p. 1. L. 1. cap. 5. Pater potest filio suo in Sacris Paternis constituto substituere pupillariter, & testamentum facere. L. 1. & tot. titulo ff. de vulgari & pupillari L. 1. & tot. tit. Cod. de impuberum, & aliis substitutionibus, prin. tit. Institut. de pupillari. Duarenus ad tit. de pupillari tot. & cap. 12. Trentacinquius de substit. p. 2. cap. 1. Goveanus in Comment. ad tit. de vulg. & pupillari. Emanuel Suarez à Ribeira ad Gomez Lib. 1. Var. cap. 4. Donellus Lib. 6. Comment. cap. 25. & pluribus allegatis Osualdus in notis. De Jure Castellæ L. 5. & seq. tit. 5. part. 6. Faber in pap. tit. 11. prin. 1. illat. 11. idem Lib. 15. Conf. cap. 14. Merenda 1. contr. Lib. 3. cap. 25. Retes Lib. 3. Opusc. ad L. ultim. ff. de Vulg. §. 2. & Lib. 7. cap. 5. n. 4. Covarruvias in cap. Raynutius de testam. §. 2. omnibus latiùs D. Josephus del Villar in integ. Lib. de pupillari substitutione. Spino in Specul. testam. Glos. 13. n. 1. & 3. ali-
21 qua Cancer Var. part. 1. cap. 1. an. 35. plura noster Franciscus Ferrer. in Constit. los impubers tit. de pupillar y altres substitution. Glos. 1. n. 65. Verùm equidem est, quòd de jure Cathal. Pater in bonis proventis filio ex linea materna non potest substituere pupillo, nisì

illos,

illos, qui sunt conjuncti pupillo ex parte Matris usque ad quartum gradum, *d. Constit. los Impubers* 3. *tit. de pupillar y altres substitutio.* Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 37. Pater autem filiis emancipatis impuberibus pupillariter substituere non potest. *L.* 2. *ff. de vulg. & pupillari* L. 39. *ff. eod.* Vinnius *in prin. tit. Inst. de pupillari n.* 1. Forcatulus *dialog.* 31. *n.* 6. Duarenus *ad tit. de vulgari cap.* 14. Costa in cap. *si Pater* 1 *p. verbo habens n.* 3. Petrus Gregorius *Lib.* 42. *Sintag. cap.* 22. *n.* 17. pluribus Fusarius *de substit. q.* 118. *n.* 17. Retes in adversariis *cap.* 4. *n.* 4. Villar. *de pupillari cap.* 2. *§.* 1. *Sect.* 2. *n.* 16. Goveanus *in d. L.* 2. *de vulgari n.* 10. Nisì filii emancipati fuerint mente capti; tunc enim Pater potest eis exemplariter substituere, ùt probatur ex leg. *humanitatis* 9. *Cod. de impub. & aliis substitut.* Vinnius *in §.* 2. *Inst, de pupillari in notis n.* 1.

Decima differentia inter filios suos & emanci- 13
patos est, quòd filii sui cùm sint una & eadem persona cum Patre, dixi supra n. 5. si Pater est Dominus substantiæ suæ, & bonorum suorum, etiam illi vivente Patre sunt quodammodo Domini bonorum Paternorum: ità expressè desumitur ex leg. *in suis* 11. *ff. de liber. & posthumis*: Jure enim Naturali, Gentium & Civili, & ex communi Parentum voto, bona Parentum ad filios debent pertinere *L.* 7. *ff. de bonis damnator.* L. 7. *ff. undè liberi* L. 15. *ff. de inofficioso testamento.* D. Paulus *ad Corinthios cap.* 4. *filius, ergò hæres*, id est *Dominus §. fin. Inst. de hæred. qual. & diff.* L. 12. *ff. de statu liberis L.* 19. *§. Pater ff. de Castrensi peculio.* Plautus *in Bachid. act.* 4. *Scen.* 8. Festus in verbo: *hæres*, aliis Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 15. *n.* 7. & legitur in *cap.* 13. *Genes.* ubi Abraham & Loth Paternam Hæreditatem sibi diviserunt, & expressiùs *in cap.* 24. *ejusdem Genes.* ubi Servus Abrahæ filium Isaac Dominum vocat: Homerus in *Odyssea*

The-

Thelemacum Ulissis filium Dominum vocat. Terentius *Heaut.*, seu in *Adelph.*

Donec salvus redierit meus particeps.

id est filius. Ausonius *Idil:* 4.

Justa quidem series Patri succedere : verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Cicero *Actio* 3. *in Verrem* de filiis loquens, ait: *quibus cum bona nostra partimur.* Justinianus *in* §. *sui* 2. *Inst. de hæred. qual. & differ.* & *cap.* 24. *citat. Genes.* ubi Abraham adhuc vivus dedit omnia sua bona filio Isaac; ibi: *deditque illi omnia, quæ habuerat.* Aristoteles *Lib.* 8. *ethic. cap.* 19. *Quæ Patris est cum liberis societas, regalis potestatis formam obtinet.* Sic tenent omnes repetentes *ad L.* 11. *de liber. & posthumis. Instit. in* §. *sui Inst. de hæred. qual. & diff.* Jacobus Cujacius *Lib.* 3. *qq.* Papin. ad *L. si filius* 12. *ff. de vulgar.* Alciatus *ad L.* 17. *ff. de acq. possess. n.* 17. Duarenus *ad tit. ff. de lib. & posthum. cap.* 3. *fol.* 345. Vaconius *Lib.* 3. *declar. cap.* 50. *n.* 5. Donellus *Lib.* 7. *Com. cap.* 2. *Lit. S.* & ibi Osualdus, Antonius Faber *de erro. decad.* 3. *erro.* 1. *n.* 4. *&* 6. & *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *ille.* 3. D. Joannes Solorsanus *Lib.* 2. *de Parricidiis cap.* 10. Rollandus à Valle *Cons.* 97. *tom.* 2. *an.* 20. D. Franciscus de Amaya *in Cod. ad L. unic. Cod. pœnis fiscalibus Creditores præferri n.* 36. *&* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 4. Plautus in Asinaria: *Aut noviores seu recentiores dominos filios vocans.* Seneca *Lib.* 2. *Controversia* 8. Julius Pollux *Lib.* 3. *cap.* 8. Merillius *Lib.* 1. *obs. cap.* 36. Don Melchior de Valentia *illus. tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. & *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 2. Josephus à Santolaria *interp.* 4. §. 2. *n.* 1. D. Antonius Grañanieto *in cap.* 8. *de probatio. n.* 5. & cùm hæres Dominus intelligatur ùt suprà n. 13. filius suus vivô Patre hæres appellatur, non propriè, & inspectò tempore præsenti, sed fictione juris, & inspectò tempore futurô. D. Joannes del Castillo *Lib.* 3. *Contro. cap.* 22. *n.* 8.

ex

ex illo D. Pauli *ad Galathas cap. 4. vers. 7. quòd si filius, jam hæres per Deum*, & ad *Romanos cap. 8. vers. 17. Si autem filii & hæredes*, ùt posteà videbimus, & sic filius Regis vivô Patre Rex appellatur, Tiraquellus *in præfat. L. si unquam Cod. de revoc. donatio. n. 21.* Paschalis *de Virib. patr. potest. p. 4. cap. 1. n. 5.* Valentia *ill. 3. tract. 3. cap. 2. n. 6.* Virgilius *Æneidos 6.*

Quem tibi longævo serum Lavinia Conjux
Educet Silvis Regem, Regumque Parentem.

Filii autem emancipati, cùm sint extra domum & familiam Patris, non sunt quodammodo Domini bonorum Paternorum, ùt tenent multi ex Authoribus suprà citatis.

Ex quo alia dimanat inter suos & emancipatos differentia, quòd filii sui in potestate retenti mortuis Patribus non dicuntur de novo adquirere Dominium, cùm jam essent domini Patribus viventibus, sed solùm continuare, L. *in suis 11. ff. de liber. & posthum. L. 2. §. fin. ff. pro hærede*, L. 1. §. 1. *ff. pro donato*, L. 1. §. *largiùs, ff. de successorio Edicto, §. 2. Instit. de hæred. qual. & diff. §. 3. Instit. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, Antonius Faber in *pap. tit. 2. prin. 9. illat. 3.* & *de errorib. pragm. decad. 3. er. 1.* Donellus *Lib. 2. Com. cap. 7. Lit. O.* & ibi Osuakdus, Antonius Gomez *Var. tom. 1. cap. 9. n. 17.* D. Joannes del Castillo *Lib. 3. Controv. cap. 22. n. 10.* pluribus de more Tiraquellus *in præfat. leg. si unquam, Cod. de revocandis donatio. n. 19. & 20.* D. Covarruvias *in reg. possess. p. 2. §. 5. ex n. 3.* Marcus Antonius Eugenius *Cons. 33. n. 16.* cum tribus seqq. Thadæus Piso Soasius *Var. Lib. 6. cap. 1. n. 4.* Egmundus Merillius *Lib. 1. obs. cap. 36.* Philippus Paschalis *de Virib. patr. potest. 4. p. cap. 1. n. 5.* quos citat D. Josephus Vela *dissert. 11. n. 32.* Valentia *illus. 3. tract. 3. cap. 2. n. 2.* D. Antonius Grañanieto *in cap. 2. de probatio. n. 5.* Corasius *Lib. 3. misc. cap. 16. n. 6.* Petrus Gregorius 14

Lib. 42. *Sintag. cap.* 35. *n.* 22. Forcatulus *dialog.* 36. *n.* 2. Connanus *Lib.* 10. *cap.* 2. *n.* 2. Hotmannus *L.* 9. *obs. cap.* 10. Vaconius 3. *decl. cap.* 50. Loriotus *de juris arte axiom.* 3. *cap.* 16., aliis Valentia *illus.* 3. *tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. Santolaria *interp.* 11. *n.* 21. & solùm filii sui dicuntur adquirere de novo mortuo Patre administrationem bonorum, quæ penes Patrem viventem erat, *d. l. in suis*, 11. *de liber. & posthum.* & Authores supràcitati. Solùm quæstio est, utrùm filius sicuti continuat Dominium mortuô Patre, ità etiam dicatur continuare possessionem? Quam quæstionem resolvunt communiter Authores, dicendo: quôd filius suus non continuat possessionem bonorum Patris, sed eô mortuô debet illam de novo acquirere; *L.* 23. *ff. de acq. possess. L.* 1. *§. Scævola, ff. si is, qui testament. liber esse jussus*, Arnoldus Vinnius *in §.* 3. *Instit. de hæreditat. quæ ab Intestato*, Antonius Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 3. D. Hieronymus de Asin. *in rub. de Usucap. & præsc. a n.* 158. Filii autem emancipati, cùm vivo Patre non habuerint istud Dominium, neque mortuô Patre dicuntur illud continuare, sed de novo acquirere, ùt apud suprà-citatos videbis.

15 Duodecima differentia ex eo resultat, quòd filii in Sacris Paternis constituti, cùm continuent illud Dominium mortuô Patre, quod vivô eô jam habebant, dicuntur sui hæredes, id est sui ipsorum hæredes, & sibi ipsis jure suo proprio videntur succedere, *§. sui*, 2. *Instit. de hæred. qual. & diff. §. sui* 2. *Inst. de hæreditat., quæ ab intestato deferuntur*, L. 7. *ff. de bonis damnatorum*, L. 7. *undè liberi.* D. Paulus *ad Galathas cap.* 4. *vers.* 7. *Itaque jam non est servus, sed filius, quod si filius jam hæres per DEum*, & ad *Roman. cap.* 8. *vers.* 17. *Si autem filii, & hæredes*, & cap. 27. num. *Homo cùm mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus trans-*

transibit hæreditas, & *cap.* 25. *Levit. hæreditario jure transmittens ad posteros*, Lactantius *in Phœnice*:

Ipsa sibi proles suus est pater, *& suus hæres.*

Ovidius *Lib.* 2. *de Ponto.*

Vivit enim in nobis facundi lingua Parentis,
Et res hæredem reperit illa suum.

Sic Simmachus Lib. 1. Epistol. 15. de filiis scribit: quòd *gignuntur*, *non scribuntur hæredes*, quod repetit Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *ill.* 3. non hæredes fieri; sed existere & apparere, Consultus in *L. in suis* 14. *ff. de suis & legitimis.* Faber *d. ill.* 3. Prob. *cap.* 13. *Bonus relinquit hæredes filios & nepotes.* Sic tenent omnes Instit. in *§. sui* 2. *Instit. de hæredum qual. & differ.* Jacobus Cujacius *Lib.* 3. *qq. Papin. ad leg.* 12. *ff. de vulgari*, & in *Com. ad legem* in suis 11. *ff. de liber. & posthum.* Vaconius *Lib.* 3. *declar. cap.* 50. Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 7. *Lit. L.* & ibi Osualdus, Antonius Faber *de erroribus decad.* 3. *err.* 1. *an.* 4. *& in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *ill.* 3. D. Joannes del Castillo Sotomajor *Lib.* 3. *cap.* 22. *a n.* 5. Valentia *illus.* 3. *tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. *& tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 6. Josephus à Santolaria *inter.* 11. *n.* 3. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 4. & omnes DD., quos citavi suprà *p.* 4. *n.* 2. Filii autem emancipati, cùm extranei Patri sint, non sunt sui hæredes, sed hæredes extranei, *§. cæteri* 3. *Inst. de hæred. qual. & diff.*, L. *quin etiam* 55. *ff. de ritu nuptiar.* Omnes Instit. ad d. *§.* 3. Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 2. *Lit. F.* Valentinus Frosterus *Lib.* 2. *Succes.* 18. *n.* 55. *& seq. §.* 3. *Instit. de exhared. liber.* Josephus à Santolaria *inter.* 11. *n.* 3. pluribus Blas. Robles *de repræsent. L.* 2. *cap.* 10. *n.* 13. *in fine.* D. Josephus Vela *diss.* 11. *n.* 67.

Et non solùm filii fam. in Potestate Patris existentes sunt sui hæredes, sed etiam sunt hæredes necessarii, ità ut sivè velint, sivè nolint, coguntur hæredes esse, *§. sui*, 2. *Instit. de hæred. qual. & diff.* L. 16

D 2 5. *ff.*

5. *ff. de Condit. & demonstr. L.* 12. *de Condit. institut.* L. *necessariis* 57. L. *si quis* 7. §. 1. L. *pro hærede* 20. §. 1. L. *si duo* 38. *L. cum hæreditate* 55. L. *Aristo.* 99. *ff. de acq. hæredit.* L. 86. §. 1. *ff. de hæredib. instit.* Cujacius *Lib.* 3. *qq.* Papin. ad leg. *si filius* 12. *de vulg.* Faber *d. decad.* 3. *err.* 1. *n.* 1. Donellus *Lib.* 7. *Com. cap.* 2. *Lit. L.* Antonius Gomez *Var.* 1. *cap.* 9. *n.* 19. Josephus à Santolaria *int.* 4. §. 2. *n.* 5. Et sic tenentur in solidum oneribus Paternis & Creditoribus hæreditariis, ùt tenent suprà citati AA. & nos posteà videbimus, dum agemus de Beneficio Prætorio abstensionis: Filii autem emancipati non sunt hæredes necessarii Patris, sed voluntarii; sicque non tenentur oneribus & debitis Paternis, §. *cateri* 3. *Instit. de hæred. qual. & diff.* Vinnius *in d.* §. 3. & ibidem Wesembechius.

17 Decima tertia differentia inter filios suos & emancipatos est, quòd cùm hæreditas sit quædam fictio à Jure introducta ad continuandum Dominium bonorum defuncti in hæredem, nè interim antè aditionem bona fierent vacantia, & tanquam nullius primò occupanti concederentur, Seneca *Epistol.* 103. Bartolus, Jason, & DD. *in rub. tit. ff. de acq. hæreditat.* Baldus *Cons.* 200. *col. ultim. Lib.* 2. Decius *Cons.* 509. *n.* 1. Menochius *Cons.* 105. *n.* 60. Donellus 6. *Com. cap.* 2. & ibi Osualdus, Duarenus *ad tit. de acq. hæredit. cap.* 1. Vaconius 1. *declar. cap.* 48. *n.* 2. & 16. Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 3. Fomanus *in Synop. jur. Thes.* 6. *Lit. C.* aliis Valentia *illust.* 3. *tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 6. & *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 2. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 1. *n.* 39. Santolaria *interp.* 5. §. 2. *à n.* 6. & *interp.* 11. *n.* 11. Oros *de apicibus juris, Lib.* 5. *cap.* 12. *n.* 2. & cùm in suis hæredibus mortuò Patre nullum dari, seu considerari possit instans vacuum, cùm semper filius continuet Dominium Bonorum, quod jam vivô Patre habe-

habebat; ideò in suis hæredibus, seu filiis non datur hæreditas jacens, sumpta pro nova dominii causa & titulo, qualis datur in extraneis, sed solùm datur hæreditas in suis, si sumatur pro illa continuatione dominii, quam filius vivô Patre habebat, junctâ administratione de novo acquisita, *Glos. in L. cùm hæreditas*, 9. *Cod. depositi.* Frosterus *Lib.* 2. *Succes. c.* 8. *n.* 6. Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *ill.* 3. Donellus *Lib.* 7. *Com. cap.* 2. *Lit. P.* & ibi Osualdus, Faber *decad.* 3. *er.* 1. *n.* 9. & *in Cod. Lib.* 6. *tit.* 12. *diff.* 15. Gomez *Var.* 1. *cap.* 9. *n.* 17. Jason *in L.* 11. *de Lib. & posthum. n.* 10. Corneus *Cons.* 268. *n.* 3. *Lib.* 3. Ruinus *Cons.* 65. *n.* 4. *Lib.* 4. D. Ferdinandus Menchacha *de Success. creat.* §. 21. *n.* 246. D. Ludovicus Molina *de Hispan. primogen. Lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 21. Valentia *illust.* 3. *tr.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. Pichardus in *§. sui* 2. *de hæred. qual. & diff. à n.* 34., & in lecturis ad tit. *de acq. hæred. cap.* 2. *n.* 20. & *cap.* 12. *n.* 17. Gratianus *discept. forens. cap.* 732. *tom.* 4. *à n.* 27. Cæsar Argelis *de acq. possess. q.* 13. *n.* 66. & 67. aliis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 31., Corasius *Lib.* 3. *Miscel. cap.* 16. *n.* 6. Connanus *Lib.* 10. *Con. cap.* 2. *n.* 2. D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. & *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 4. Santolaria *int.* 11. *n.* 2. D. Joannes del Castillo *Lib.* 3. *Controv. cap.* 22. *n.* 32. In filiis autem emancipatis secùs succedit, quia cùm isti non continuent dominium mortuô Patre, in eis datur fictio hæreditatis jacentis, sicut in extraneis dari fatentur omnes supràcitati Authores.

Ex quo etiam decima quarta differentia dimanat inter filios suos, & emancipatos; quod in suis 18
hæredibus filiis fam., cùm hæreditas jacens non detur, non datur delatio hæreditatis, nec acquisitio; sed unum & idem est instans delationis, & acquisitionis hæreditatis; & sic sui non dicuntur adire hæreditatem, nec repudiare; cùm in ea jam habeant viven-

vivente Patre jus quæsitum, & Dominium; sed solùm dicuntur immisceri se hæreditati, & ab hæreditate abstinere, quæ omnia secùs sunt in filiis emancipatis, *§. extraneis* 5. *Instit. de hæred. qual. & diff.* L. 14. *ff. de suis & legitim. hæred.* L. 7. *ff. de inofficios. testam.* L. *qui in aliena* 6. §. 5. L. 11. L. 12. L. 20. §. *fin.* L. *Julianus* 42. *cum suis* §§. L. 56. *leg.* 57. L. 87. L. 91. *ff. de acq. hæredit.* L. 1. §. *qui sunt in potestate* 7. *ff. si quis omissâ causâ testamenti* L. 6. §. 2. L. 27. §. 3. *ff. ad SC. Trebellianum*, L. 6. §. 3. *ff. de bonis libertor.* L. *Pater fam.* 28. *Vers. & cùm substitutus*, *ff. de rebus Authoritate Judicis possidendis*, L. *ait Prætor.* 10. §. 10. *ff. quæ in fraudem Creditorum.* Jacobus Cujacius *in L. 2. ff. de excusatio. & in leg. in suis* 11. *ff. de liber. & posthumis.* Antonius Faber *decad.* 13. *er.* 1. *& decad.* 3. *er.* 1. *n.* 7. & in *pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 3. Antonius Gomez 1. *Var. cap.* 9. *n.* 17. Donellus *Lib.* 7. *Com. cap.* 2. *Lit. C.* & ibi Osualdus *in notis.* Valentia *illustr.* 3. *tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. *in fine*, *& tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 4. Antonius Pichardus *in lecturis de acq. hæredit. cap.* 6. *n.* 13. *&* 14. Castillo *Lib.* 3. *controv. cap.* 22. *n.* 23. Santolaria *interp.* 10. *n.* 11. Afin. *in rub. Cod. de Usucap. pro emptore n.* 159. *cum seq. &* 164. Unde filii tam. sui hæredes statim à morte Patris ipsô Jure fiunt hæredes, *§. sui* 3. *Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, L. 14. *de suis & legitim.* L. 1. §. 7. *ff. si quis omissâ causâ testamenti*, L. 3. *Cod. de jure deliberandi* L. *si post mortem* §. 1. *ff. de leg.* 1. L. 9. §. *cùm in bello ff. de rebus dubiis* L. 9. *de jure fisci leg.* 16. *ff. de furtis.* L. 3. §. *quoniam ff. de suis & legitimis hæredib.* L. 30. §. 10. *ff. de Fidei-commiss. libertatib.* L. *fin.* §. 1. *Cod. de Curatore furiosi.* L. *hæreditas Cod. mandati.* D. Paulus 4. *ad Galathas: quòd si filius, jam hæres per Deum, jam* id est *statim*, Valentia *illat.* 3. *tract* 3. *cap.* 2. *n.* 5. Santolaria *int.* 11. *n* 2. Afin. *in rub. de Usucap. n.* 159. *&* 164. Donellus *Lib.* 7. *cap.* 2. *Lit.*

Ce-

C. Vasquius Menchaca *Lib. 2. de Succes. Creat. §. 19. ex n.* 30. Molina *de Primogeniis Hispanorum Lib. 3. cap. 13. n.* 31. Pichardus *in præludiis ad L. Gallus cap.* 2. D. Josephus Retes *Lib. 2. Opusc. Sec. 3. cap. 2. n. 4.* Josephus Martinez del Villar *de pupillir. substitut. cap. 1. §. 2. n.* 4.

Decima quinta differentia inter filios fam. suos, & inter filios emancipatos est, quòd quamvis Regula Juris sit, quòd hæreditas vel bonorum possessio nondum adita, vel agnita non transmittatur, *L. 3. §. requirere, Vers. denique in fine ff. de bonor. posses.* L. *emancipata 4. C. qui admitti ad bonor. posses. possint, L. 7. L. 18. vers. Sin verò, C. de jure deliberandi, Leg. unica. §. in novissimo, vers. hæreditatem Cod. de caducis tollendis, L. 9. ff. de suis L. 8. §. hac verba. L. 10. L. 45. §. fin. L. 47. ff. de vulgari. L. 80. L. 81. ff de acq. hæred. L. Posthumus 6. §. ult. cum lege sequenti, ff. de inoffic. testam. L. 32. de vulgari L. 1. §. nonnunquam ff. si mulier ventris nomine. L. 11. §. utrùm ff. ad Trebellia. L. 7. ff. rem ratam haberi.* (exceptis casibus legis 24. §. *ultimo de bonis libertor. L. 12. de Carboniano edicto*, & aliis, quos refert Duarenus ad tit. *de acq. hæreditate cap.* 5. (Valentia *illust. 3. tract. 3. cap. 2. n.* 25.) *leg. 24. ff. de hæred. institu.* DD. in dictis legibus, præcipuè in L. *emancipatâ 4. Cod. qui admitti ad bonor. poss. possint.* Alciatus *Lib. 4. Paradox. cap.* 5. Gujacius *tract. 4. ad Africanum ad L. si filius 16. ff. de liber. & posthum.* Duarenus *ad tit de vulgari cap.* 10. Guilielm. Benedictus in cap. *Raynutius de testam. 2. par. verbô: mortuô itaque, in 2. n.* 187. Gomez *1. Var. cap.* 9. Crassus *de Succes. Lib. 2. art. de transmissione, q. 17. cum seq.*, Emanuel Costa in cap. *si Pater de testam. in 6. p. 1.* verbo *habens an. 17. vers. ergò.* Vasquius Menchaca *de succes. creat. Lib. 3. §. 21. ex n.* 266., *& de successio. progressu §. 6. ex n.* 7. Spino *in Speculo testamentor. Glos. 13. principali n.* 77. Antonius Faber 19

Lib.

Lib. 13. *conj. cap.* 16. & *Lib.* 14. *cap.* 1. Matienzo *in L.* 1. *tit.* 4. *Lib.* 5. *nova compilatio. Glos.* 16. *a n.* 14. P. Molina *de justitia & jure tom.* 1. *tract.* 2. *disp.* 180. Donellus *Lib.* 7. *com. cap.* 4. & ibi Osualdus *Lit. C.* Nicolaus Valla *de rebus dubiis tract.* 6. Surdus *Cons.* 341. *n.* 15. D. Joannes Baptista Valenzuela *Con.* 17. *n.* 21. *vol.* 1. Piso Soacius *Var. Lib.* 6. *cap.* 2. *ex n.* 1. Sculterus *in additio. ad Pistorem q.* 131. *n.* 10. Franciscus Linglois *ad quinquaginta decis. Justiniani decis.* 31. *q.* 3. D. Antonius Pichardus *in lecturis de acq. hæredit. cap.* 8. *n.* 18. *& cap.* 31. *n.* 1. D. Franciscus de Barry *de successio. tom.* 2. *Lib.* 12. *tit.* 1. Nicolaus Noalis *de transmissio. casu* 8. *per totum.* Argelus *de acq. possess. q.* 13. *n.* 35. pluribus citatis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 2. *& seq.* Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 25. Josephus à Santolaria *interp.* 9. §. 3. *n.* 8. ex nostris Petrus Joannes Fontanella *decis.* 484. *n.* 2.
20 *tom.* 2. Jacobus Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 21. *n.* 2. Tamen filii sui hæredes ex potentia & capite suitatis hæreditatem non aditam, imò etiamsi delatam ignoraverint, ad quoscunque hæredes sivè suos sivè extraneos transmittunt, quia à morte Patris statim fiunt hæredes, §. *sui* 3. *Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, & vivô Patre in ea jam habebant jus quæsitum. *L. in suis* 11. *de liber. & posthum.* Quæ supratraditâ transmissionis ob suitatem doctrinâ habetur *in L.* 13. §. 1. *L.* 14. *de militari testamento L.* 7. §. 1. *L.* 64. *ff. de acq. hæredit.* L. 9. §. *cùm in bello, de rebus dubiis, L.* 2. §. *si quis ff. ad SC. Tertullianum L.* 63. *ff. de acq. hæredit. L.* 5. *ff. de Condit. & demonstr. L.* 1. §. *qui sunt in potestate* 7. *ff. si quis omissâ causâ testamenti, L. apud hostes Cod. de suis & legitim. hæredibus L.* 19. § *filius fam. ff. de Castrensi peculio. Leg. Lucius* 9 *ff. de jure fisci, L. liber homo* 20., §. 7. *ff. de stipulatione servorum*, quod denotat illud *Levitici cap.* 25. *& hæreditario jure transmittetis ad posteros*, tenent Classici ad

dictos

dictos textus, Paulus Castrensis *Cons.* 80. *n.* 1. *vol.* 2. Soccinus *reg.* 168. & 173. Ferrariensis *in Praxi tit.* 49. *Glos.* 1. *n.* 5. Guilielmus Benedictus in cap. *Raynutius de testam. p.* 2. verbo : *mortuô itaque, in* 2. *n.* 108. Cassaneus ad Consuetudines Burgundiæ *rub.* 7. §. 10. *Scholio ultimo.* Gomez *Var.* 1. *cap.* 9. *n.* 7. Petrus Gregorius *Lib.* 42. *Sintag. cap.* 13. *n.* 1. & *Lib.* 46. *cap.* 2. *n.* 19. Duarenus *de acq. hæredit. cap.* 6. Gregorius Lopez *in L.* 2. *tit.* 6. *part.* 6. *Glos.* 8. Crassus *Lib.* 2. *art. de transmissio. q.* 23. *cum sequenti*, Cardinalis Mantica *de Conjecturis ultim. volunt. Lib.* 5. *tit.* 3. *n.* 19. Menochius *Cons.* 1. *n.* 491. Bonifacius Ruger. *Cons.* 47. *n.* 17. *Lib.* 1. Menchaca *de Successio. creat.* §. 21. *num.* 266. Costa in cap. *Si Pater de testam. in* 6. *p.* 1. verbô *habens n.* 18. Spino *Glos.* 33. *n.* 86. Andreas Gaillius practicar. *obs. Lib.* 2. *obs.* 131. Bernardus Graveus ad Gaillium *Conclus.* 131. *Considerat.* 1. *n.* 9. Cardosus *de jure accrescendi illat.* 37. *n.* 7. Marta *de Successio. Legali p.* 1. *q.* 24. *art.* 1. *n.* 4. Linglois *ad* 50. *decisio. Justiniani, decis.* 31. *q.* 3. *n.* 6. Molina *de justitia & jure tom.* 1. *tract.* 2. *disp.* 180. *an.* 2. Noalis *de transmissio. casu* 8. *an.* 16. Barri *de Successio. tom.* 2. *Lib.* 12. *tit. de transmissione hæreditatis an.* 2. Fabius de Anna *cons.* 1. *num.* 5. *&* 6. Valenzuela Velasques *cons.* 17. *n.* 22. Æmilius Gallus *de exceptionibus p.* 3. *tit.* 2. *except.* 2. *an.* 1. Pichardus *de acq. hæreditate cap.* 31. *an.* 4. Marius Muta *decis. Siciliæ* 49. *n.* 23. Piso Soracius *Var.* 6. *cap.* 1. *n.* 24. Aoysius Riccius *Collectan.* 1995. Paschalis *de Viribus Patriæ Potestatis p.* 4. *cap.* 1. *n.* 39. aliis ex istis citatis D. Josephus Vela *Dissert.* 11. *n.* 28. D. Melchior de Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *an.* 26. Cancer *Var. p.* 3. *cap.* 21. *n.* 4. *&* 5. Paulus Leoninus *de Substitutio. an.* 154. Lancellotus Politus *de Substitutio. p.* 3. *n.* 97. Cevallos *com. contra Commun. tom.* 3. *q.* 761. *ex n.* 17. Angel. Matheacius *de legatis Lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 26. D.

Joannes del Castillo *Lib.* 3. *Contro. cap.* 11. *num.* 2. *& cap.* 13. *n.* 32.

21 Filii autem emancipati (quidquid sentiat Fran. Linglois *ad* 50. *decisio. Justiniani decis.* 31. *q.* 3. *n.* 7.) etiam sublatâ differentiâ inter Patriam Potestatem, & emancipationem per *Novellam* 118. & *Auth. de hæredib. ab intestato venientibus*, *cap.* 4. non transmittunt hæreditatem non aditam ad suos , vel extraneos hæredes , quod probatur ex *L. fin.* §. *cùm igitur circà finem Cod. de legitimis hæredib.* ùt probat D. Josephus Vela *Dissert.* 11. *n.* 68. ùt tenent Guilielmus Benedictus *in d. cap. Raynutius de testam.* verbô *itaque in* 2. *n.* 135. Gomez *Var.* 1. *cap.* 9. *n.* 24. Covarruvias *in reg. possess.* 2. *p.* §. 5. *n.* 4. Gregorius Lopez *in L.* 21. *tit.* 3. *part.* 6. *Glos..* 2. Costa *in cap. Si Pater de testam. in* 6. *p.* 1. verbô , *habens n.* 19. Alvarus Velascus *de partitio. cap.* 15. *n.* 60. D. Ferdinandus Menchaca *de Successio. creat.* §. 19. *num.* 7. *in fine.* Rosas *de Successionib. cap.* 4. *n.* 6. D. Antonius de Padilla *in L. si emancipata Cod. de juris & facti ignorantia n.* 11. *&* 12. Vivius *decis.* 514. *n.* 6. Spino *Glos.* 13 *n.* 8. D. Molina *de just. & jure tom.* 1. *tract.* 2. *disp.* 180. *n.* 5. Pichardus *de acq. hæredit. cap.* 31. *n.* 18. Cevallos *tom.* 2. *q.* 627. *n.* 1. Osualdus *ad Donellum Lib.* 7. *cap.* 4. *lit. E in fine.* Marta *de Successio. Legali p.* 1. *q.* 6. *art.* 3. *n.* 1. Blasius Robles *de repræsentatio. Lib.* 2. *cap.* 8. *an.* 28. Noalis *de transmissio. casu* 8. *n.* 78. *&* 87. Barry *Lib.* 12. *de transmissio. n.* 7. Joannes Becher. *Lib.* 2. *dissert. juris, dissert.* 9. *n.* 9. pluribus citatis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 69. Quæ regula de filiis emancipatis patitur exceptionem in legitima filii emancipati , quam , seu ejus supplementum non agnitum filius emancipatus transmittit ad quoscunque hæredes. Gomez *in L.* 48. Tauri. 11. Ascanius Clemens *de Patria Potest. effect.* 16. *n.* 49. Mantica *de Conject. Lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 10. M. Anton. Cuc-

Cuchus *in tract. de legitima n.* 91. Petrus Peralta in L. *cùm Patronus de leg. n.* 28. Noalis *casu* 8. *n.* 102. & casu 10. per totum. Marta *de Success. Legali p.* 1. *q.* 24. *art.* 2. *ex n.* 4. D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 79. Verùm equidem est, quòd quamvis filius emancipatus ex capite, seu potentia suitatis non transmittat hæreditatem non aditam, tamen filius emancipatus ex capite seu potentia sanguinis hæreditatem non aditam transmittit ad descendentes, & non ad alios. *L. unica*, §. *in novissimo*, *Cod. de caducis tollendis.* L. *unica Cod. de his, qui antè apertas tabulas.* Quia hæc transmissio ex potentia sanguinis competit filiis, qui non sunt sui, latè pluribus de more allegatis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *an.* 81. Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n. fin.* Jacobus Cancer *Var. p.* 3. *cap.* 21. *an.* 6.

Decima sexta differentia inter filios suos & emancipatos est, quòd licèt admissum Brocardicum sit in nostro jure, quòd alter alteri stipulari non potest, sed quòd talis stipulatio est inutilis, §. *si quis alii* 4. *§. alteri* 18. *Instit. de inutilib. stipulationibus*, *L.* 38. *§.* 17. *L.* 45. *ff. de V. O. L.* 3. *Cod. de contrahenda stipulatione*, L. 126. *§.* 2. *vers. respondit de V.* O. L. 11. §. *pen. de pignoratit. actio.* L. 73. *in fine ff. de reg. jur.* L. 1. *Cod. per quas personas* L. 11. *ff. de oblig. & actio.* L. 6. *in fine Cod. si quis alteri vel sibi* L. 26. *Cod. de jure dotium* L. 9. §. 4. *ff. de reb. Credit.* L. 23. *ff. de pactis* L. *proprium* 5. *ff. communia prædiorum.* L. *fundus* 64. *ff. de contrahenda emptione.* L. 49. *in fine de acq. possess.* L. *si mihi & Titio* 110. *ff. de V. O.* : Et quamvis de Jure Canonico aliqui dixerint hanc regulam procedere, quòd alteri alter stipulari non potest per textum in cap. *quanquàm de usuris in* 6. Alex. in. L. *stipulatio*, 38. § 17. *ff. de V. O. n.* 9. & alii, quos refert Jason *ibidem n.* 5. Fachineus *Lib.* 3. *Controv. cap.* 19. Vasquius L. 3. *Contro. cap.* 58. *n.* 1. & 3. tamen de æqui- 22

tate Canonica contraria opinio verior est, ùt tenet Glossa in Can. *quoties cordis* 1. *q.* 7. Alciatus in cap. *cùm contingat de jurejurand. n.* 221. Covarruvias in cap. *quamvis pactum de pactis in* 6. *p.* 2. *§.* 4. *n.* 2. aliis citatis noster Cancer, *Var. p.* 2. *cap.* 1. *n.* 137. D. Alphonsus de Glea *de cessione jurium tit.* 4. *q.* 9. *n.* 32. Aylen *tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 19. Quæ supradicta regula etiam de jure Castellæ habetur in L. 10. *tit.* 11. *part.* 1.; tenent quoque, & explicant omnes Classici ad *d.* L. 38. *§.* 17. *de V. O.* & Instit. *in* §. 4. *Instit. de inutilib stipulatio.* Decius, Petrus Faber *in* L. 73. *§. fin. ff. de reg. jur.* D. Ferdinandus Vasquius Menchacha *Lib.* 3 *Controv. cap.* 58. *n.* 32. Giphanius ad L. 14. *ff. de A. & O. n.* 22. Gomez 2. *Var. cap.* 11. *n.* 15. & ejus additionator Emanuel Alvarez à Ribeira ibi *lit. N.* Caccialupus *de pactis q.* 11. *n.* 4. *&* 5. Donellus *ad* L. 38. *§.* 17. *ff. de V. O.* & *Lib.* 12. *Com. cap.* 16. & ibi Osualdus *in notis.* Valentia *illus.* 3. *tract.* 2. *cap. unic. n.* 15. Everardus *Cont.* 4. *an.* 61. Faber *Lib.* 19. *Conject. cap.* 12. & *Lib.* 14. *cap.* 19. & *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 5. Bartholomæus Chesius L. 1. *different. cap.* 87. D. Ferdinandus Arias de Mesa L. 3. *Var. cap.* 10. D. Josephus Retes L. 1. *cap.* 21. *n.* 11. Jacobus Cujacius L. 4. *respons.* Papinian. *ad* L. 26. §. 4. *ff. de pactis dotal.* Joannes Bercolthen *de V. O. cap.* 4. *latè* D. Hieronymus de Oros *de apicibus Lib.* 2. *cap.* 13. *toto.* Jacobus Cancer. *Var. p.* 2. *cap.* 1. *an.* 136. Postius *in tract. de manutenendo decis.* 338. *n.* 14. Fontanella *de pactis nuptialibus, Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 1. *n.* 61. Tamen hæc Regula fal-
23 lit in stipulatione, quà Pater filio suo in potestate constituto stipulatur; potest enim Pater filio suo validè stipulari, eò quia ùt suprà diximus n. 5. filius non est alter à Patre, sed una & eadem Persona cum Patre, voxque Patris vox filii, ità habetur *in* §. 4. *vers. ei verò, Instit. de inutilib. stipulatio.* L. 3.

ff. 56.

ff. 56. §. 3. *leg.* 130. *de V. O.* L. 2. *Cod. de contrahen. stipulatio.* L. *stipulatio* 38. §. *alteri* 19. *ff. de V. O.* L. 10. *ff. ad leg. Corneliam de falsis*, Leg. *frater à fratre* 38. *ff. de Condict. indebiti*, §. *post mortem* 10. *Instit. de inutilib. stipulatio. Instit. in* §. 4. *vers. ei verò*, *Instit. de inutilib. stipulatio.* D. Franciscus de Amaya L. 1. *obs. cap.* 14. *n.* 20. Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. Antonius Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 5. Paulus de Castro *Cons.* 264. *col.* 3. *lib.* 2. Borcholten *de V. O. cap.* 4. *n.* 3. D. Hieronymus de Oros L. 2. *cap.* 13. *n.* 2. latè Donellus in L. *stipulatio* 38. *§. alteri* 17. *ff. de V. O. n.* 26. Josephus del Villar *de pupillari*, *cap.* 1. *§.* 2. *n.* 3. aliqua Fontanella *de pact. nuptialib. tom.* 1. *Claus.* 4. *Glos.* 7. *p.* 1. *n.* 66. Osualdus ad Donellum L. 12. *cap.* 17. *lit. B.* Filio autem emancipato Pater stipulari non potest, quia cùm sint diversæ personæ, Pater nec sibi acquirit obligationem, nec filio emancipato tanquam personæ extraneæ, L. 26. *Cod. de jure dotium.* L. *pactum* 4. *Cod. de pactis conventis.* Donellus in L. *Speculatio* 38. *§. alteri* 17. *de V. O. n.* 60. Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 5. Solvens contrarios textus *in* L. 7. *Cod. de pactis*, & in Leg. *Cajus* 45. *ff. solutô Matrimoniô*, Arnoldus Vinnius *in §.* 4. *de inutilibus stipulatio. num.* 11., solvens eosdem textus, & tex. in *L. quodcunque* 45. *§.* 1. *ff. de V. O.*

Decima septima differentia inter filios suos & 24
emancipatos est, quòd cùm furtum enorme & gravissimum scelus sit ab omni jure Naturali, Divino, Gentium, & Civili prohibitum, *cap.* 20. *Exodi*, *cap.* 19. *Levitici*, *Prover. cap.* 3. Apostolus D. Paulus *ad Ephesios* 4. *Qui furabatur, jam non furetur*, & 4. *ad Corinth. cap.* 6. *Fures Regnum DEI non possidebunt*, Prov. 29. *Qui cum fure dividit, odit animam suam*, & *cap.* 6. *Prov. vers.* 31. *Deuteron. cap.* 5. & *cap.* 24. & aliis pluribus textibus, quos invenies apud Langium *in Polyan-*

lyenthea, verbô *furtum*, & apud Concordantias Bibliorum: Phocylides

A furibus nè suscipias furtivum Viris depositum; *ambo enim fures*, & *qui accipit*, & *qui furatus est.*

Cicero 4. *Verrin. Nihil est turpiùs ingenuo, nihil minùs libero dignum, quàm in Conventu maximo cogi à Magistratu furtum reddere.* Aristoteles 2. *Rhetoric. fur malignus.* Cicero *de Officiis lib.* 3. *cap.* 3 *Detrahere aliquid alteri, & alterius incommodo suum commodum augere, magìs est contra naturam, quàm mors, quàm dolor, quàm catera, qua possunt aut corpori accidere, aut rebus extraneis*; Et à Legibus Civilibus pœna furti imposita erat, & variis pœnis furta à Nationibus castigabantur, Alexander *lib.* 6. *genial. cap.* 10. Bodinus *lib.* 6. *de repub. cap.* 6. Vinnius in *§. Pœna*, 5. *Instit. de oblig. qua ex delicto nascuntur.* Prosequitur D. Josephus Retes *lib.* 7. *Opusc. cap.* 2. D. Ludovicus de Paguera *decis.* 25. 26. *& seq.* Campanilis *rub.* 11. *cap.* 25. D. Franciscus Ramos del Manzano *ad leg. Juliam & Papiam lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 10. D. Athanasius Olanus Otheyra *in Paralipom. Juris lib.* 5. *cap.* 5. *n.* 4. Hyllegerus, Osualdus ad Donellum *lib.* 15. *Commentariorum cap.* 29. *lit. H.* Regens nostri supremi Senatûs

25 D. Michael del Caldero *decis.* 67. *an.* 1. Et cùm Pater & filius in potestate retentus naturâ duæ diversæ personæ sint, & in rei veritate distinctæ, sequitur, quòd bene filius suus potest Patri suo furtum committere, *§. hi*, *qui* 12. *Instit. de oblig. qua ex delicto nascuntur*, & ibi Instit.; tamen inter Patrem & filium suum non dari actionem furti, casu, quò filius aliquid Patri surripiat, certum est, *§.* 12. *Inst. de obliga. qua ex delicto nascuntur*, L. *nec cum eo* 16. *ff. de furtis.* Antonius Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 1. Donellus *lib.* 15. *Com. cap.* 29. *lit. V.* & ibi Osualdus, Amaya *lib.* 3. *obs. cap.* 1. *§.* 2. *n.* 20. eò quia inter Patrem & filium suum nulla potest cadere obligatio, neque actio

actio, L. *Imperator* 50. *ff. ad SC. Trebellian.*, Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 6. Oros. *lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 14. tum quia inter Patrem & filium in Sacris Paternis constitutum nulla lis neque judicium intervenire potest, L. *lis nulla* 4. *ff. de Judiciis* L. 107. *ff. de reg. juris.* Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 1. Nec obstat ratio dubitandi, quòd sicuti filius suus, & Pater una & eadem persona sunt, ùt suprà n. 5., ità Maritus & Uxor sunt una & eadem persona, unum corpus, & una caro. *Genes. cap.* 2. *Hoc nunc os de ossibus meis, & caro de carne mea*, & infrà: *Et erunt duo in carne una. Marci cap.* 10. *Matthai cap.* 19. D. Paulus *ad Ephesios cap.* 5. cap. *debitum de bigamis.* cap. *porrò de divortiis.* Propertius 2. 15.

Exemplô juncta sibi sint in amore Columba,
Masculus, &, totum, fœmina, Conjugium.

Et una anima, Tiraquellus ad L. *si unquam C. de revocand. donatio.* verbô: *libertis*, *n.* 91. Petrus Joannes Fontanella *de pactis nup.* 2. *Claus.* 4. *Glos.* 2. *p.* 7. *n.* 68. Sed si Uxor aliquam rem subripiat Maritô; & datur furtum, & datur actio rerum amotarum, quæ est similis actioni furti, L. 1. *& tot. tit. ff. rerum amotarum.* D. Josephus Retes in Selectione *ad* L. *Asiniam & Plautiam n.* 1. *& seq.* Ergò si filius aliquam rem Patri subripit, debet dari actio furti, vel alia similis actio; Cui objectioni satisfacies ex doctrina Osualdi ad Donellum *lib.* 15. *Com. cap.* 29. *lit. V.* Quòd filius & Pater non solùm sunt una & eadem persona, sed etiam filius vivô Patre est quodammodò Dominus bonorum Paternorum *L.* 11. *ff. de liber. & posthum. suprà n.* 13. & sic contra eum nulla potest dari actio furti, neque pœnalis neque persecutoria; Maritus autem, & Uxor licèt unum corpus, & una caro sint, tamen Uxor vivô Maritô non est Domina bonorum Mariti; & sic licèt non detur contra Uxorem actio furti pœnalis propter honorem Matrimonii, datur ta-

tamen contra eam actio rerum amotarum, quæ est rei persecutoria, *L.* 21. §. *pen. ff. rerum amotarum.* Donellus 15. *Com. cap.* 29. *lit. V.* Filius autem emancipatus Patri potest furtum facere, & contra eum dabitur actio furti; eò quia inter Patrem & filium emancipatum rectè cadit obligatio, & actio; & inter Patrem & filium emancipatum lis & judicium potest intervenire, dum propter reverentiam filius petierit veniam à Prætore ad Patrem in judicium vocandum, *leg.* 4. *ſ.* 1. *L.* 6. *& tot. tit. ff. de in jus vocando.* Faber *in Pap. tit.* 9. *prin.* 7. *illat.* 1.

26 Decima octava differentia inter filios suos & emancipatos est, quòd filius suus non potest institui, nisi sub conditione potestativa; sub conditione autem causali, & mixta institui non potest. Leg. *Suus quoque* 4. *ff. de hared. instituend.* L. *si Pater*, *Cod. de instit. & substitutio.* neque sub conditione exhæredari, *L.* 3. *ſ. purè ff. de liber. & posthum.* L. 15. *ff. de conditio. institutio.* Minsinger. *in rub. de exharedat. liberor. n.* 3. latè Donellus in L. *si Pater*, *Cod. de institutio. & substitutio.* D. Martinus de Larreategui *lib.* 7. *Select. cap.* 8. Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 11. Accursius in L. 3. §. *si sub ea ff. de bonor. possess. contra tab.* Jason in L. 3. *ſ. purè ff. de hared. institut. n.* 12. Cumanus in L. 6. *ſ. Nepotes ff. de haredit. instit.* Acosta in cap. *si Pater de testam. ſ. & quid si tantùm* 3. *p. n.* 60. D. Antonius Pichardus *in tit. de hared. instit. cap.* 2. *n.* 21. Cujacius *Lib.* 13. *qq. Papinian. ad* L. *fin. de condit. instit.* Giphanius *in* L. 4. *Cod. de institut. & substitut.* Menchacha *de Successsion. Creat. ſ.* 10. *n.* 221. pluribus textibus & Authoribus D. Melchior de Valentia *illustr.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *an.* 1. D. Antonius Grañanieto in *cap.* 16. *de testament. n.* 6. Josephus Santolaria *interp.* 11. *num.* 6. Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 11. Filius autem emancipatus

tus , ficuti extraneus sub qualibet conditione potest institui , ùt tenent ferè omnes DD. supracitati.

27 Tandem (relictis aliis pluribus differentiis inter filios suos & emancipatos , quæ passim in libris digestor. dispersæ inveniuntur) deveniamus jam ad ultimam inter eos differentiam : Filii sui à Patre in testamento debent necessariò institui vel exhæredari, ità ut illis præteritis testamentum nullum sit , *prin. tit. Inst. de exhæred. liberor.* L. *inter cætera* 30. *ff. de liberis & Posthum.* L. *si filius* 7. L. *Gallus* 29. *§. in omnibus* L. *pen. ff. de liberis & posthumis.* L. 1. *leg. filiô præteritô* 17. *ff. de injusto rupto.* L. 16. *in fine ff. de vulgari* L. *maximum vitium* 4. *Cod. de liberis pæteritis*, §. 1. *Inst. Quibus modis testamenta infirmentur.* De jure Castellæ *leg.* 1. *tit.* 8. *part.* 7. tenent omnes Institutistæ & Classici repetentes ad dictos textus, Julius Clarus in §. *testamentum q.* 42. *n.* 2. Guilielmus Benedictus in cap. *Raynutius de testament. p.* 1. *vers. eodem testament. n.* 96. Marius Giurba *in Consuetud. Messanen. cap.* 8. *Glos.* 7. *n.* 12. Gomez *Var. lib.* 1. *cap.* 11. Antonius Faber *Lib.* 9. *Conj. cap.* 18. & *de errorib. prag. decad.* 30. *error.* 3. *n.* 7. Stephanus Gratianus *discept. forens. cap.* 398. Ortolfus Fomanus *in Synopsi juris disp.* 15. *Thes.* 3. Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 12. & aliis citatis Osualdus *in Notis.* D. Martinus de Larreategui *Select. Lib.* 7. *cap.* 12. Borthoſomæus Chesius *de different. cap.* 76. & *Lib.* 1. *interp. cap.* 3. *n.* 36. D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 13. D. Josephus Retes *in adversar. de bonor. possess. cap.* 4. Didacus Covarruvias in cap. *Raynutius de testament. n.* 1. ex nostris Practicus Marquilles in Usat. *Si quis filium q.* 11. Mierres in Constit. *Los impuber.* Vers. *item quæro, Collat.* 6. *colum.* 4. *fol.* 9. aliis citatis Jacobus Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *à n.* 26. Hæc de jure communi & veteri Romanorum observabantur usque dum posteà Justinianus in Auth. *non licèt Cod. de liberis præteritis* constituit ,

quòd Pater non possit filium præterire, nisi insertâ causâ ingratitudinis in præteritione, latè Donellus in dicta Auth. *non licèt Cod. de liberis præteritis*. Antiqua juris doctrina, quòd filio suo præterito testamentum nullum sit, etiam de jure municipali Cath. procedit, ùt habetur in Usatic. *exhæredare q. 1. tit. de fills y Pares præterits*, ibique Marquilles: In Civitate autem Barcinonis contrarium jus observatur per privilegium locale Regis Petri III. incipiens, *debitâ meditatione*, *in tit. de testament. Vol. 2.* in quo disponitur, quòd ille, qui testatur intrà Civitatem Barcinonis, potest filium, filiam, natum vel posthumum impunè præterire, vel exhæredare, solumque isti habent jus petendi legitimam, Cancer. *p.* 1. *cap.* 4. *n.* 39.; requiritur tamen, quòd Pater de illis filiis faciat aliquam mentionem in testamento, illis aliquid etiam minimùm legando, nè aliàs censeantur ignoranter præteriti, & testamentum per consequens esset nullum, ùt sic decidit noster Senatus 30. Martii 1594. sub examine D. Ludovici de Paguera in causa Elisabethæ de Baddaxi Viduæ contra Franciscum Gilebert, & Hieronymum de Maya, quæ fuit confirmata in causa supplicationis per Joannem Sabatar 17. Aprilis 1595. Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 44. Sic similiter decisum, referente Hieronymo Guerau 1. Februarii 1631. in causa Conjugum *Salvadors* contra tutores pupillorum, Guardias nost. Hieronymo Pelegri.

28 Hic veniebat tractandum de exhæredationis materia; Undè scilicet dimanet exhæredationis Ethimologia, & ratio introductiva, de definitione exhæredationis, & de variis ejus requisitis, quæ omitti debent, nè nimis prolongetur hoc opus; de ea tamen vide Leg. *in suis* 11. *ff. de liberis & posthum.* L. 7. *ff. de bonis damnatorum.* L. 9. §. *si filium ff. de liber. & posthum*, L. 8. §. *in extraneo ff. de bonor. possess.*

con-

contra tab. L. 132. *vers. in eo autem ff. de V. O.* Petrum Surdum *de aliment. tract.* 1. *q.* 6. *n.* 1. & *tract.* 7. *q.* 1. *&* 13. *de Jure Regio* L. 6. *tit.* 19. *partit.* 4. Manticam *de Conject. ult. voluntatum. Lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 1. Donellum *Lib.* 6. *Com. cap.* 12. *&* 13. ibique Osualdum, & Institut. *in rub. tit. Inst. de exhæredat. liberor.* D. Melchiorem de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *toto.* D. Martinum de Larreategui *Lib.* 7. *Select. p. totum.* D. Josephum Retes *in adversariis cap.* 16. *n.* 5. Cujacium *Lib.* 2. *obs. cap.* 20. *Lib.* 3. *cap.* 8. & *Lib.* 14. *cap.* 14. Christophorum Besoldum *in delibatis juris Lib.* 5. *Pandect. q.* 17.

Ratio equidem decidendi, cur Jus Civile inter 29
cætera solemnia requisita testamenti Patribus præcepit, quòd filios suos necessariò deberent instituere, vel exhæredare, ità, ut illorum præteritio testamentum annullet, *d. l. inter cætera* 30. *ff. de liberis & posthumis*, excogitata fuit ab Authoribus, à Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 1. Larreategui *Lib.* 7. *Select. cap.* 12. *n.* 1. licèt ab eo impugnata *num.* 6. Quia si filius suus esset præteritus in testamento, id est, neque institutus, neque exhæredatus (præteritus enim in testamento dicitur ille, qui neque institutus, neque exhæredatus est *L.* 1. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Acosta in cap. *si Pater* 1. *p. verbô instituit à principio*, Pichardus *in prin. tit. Inst. de exhæredatione liberor. ex n.* 15. Larreategui *Lib.* 7. *Select. cap.* 1. *in fin.* & *cap.* 6. Retes *in adversariis cap.* 4. *n.* 1.) mortuô Patre continuaret illud Dominium, quod vivô Patre jam habebat, & dictus filius præteritus in eodem instanti, quô Pater esset mortuus, ipsô jure hæres & Dominus, fieret, §. *sui* 3. *Instit. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur*, *latè suprà n.* 13. 14. *& seq.* & cùm etiam hæres à Patre institutus ex vi institutionis hæres & dominus esset, sequebatur, quòd duo Domini in solidum dabantur ejusdem Paternæ Hæredita-

 tis,

tis, ſcilicet filius à natura, & hæres inſtitutus ex teſtamento; & cùm in jure non poſſint dari in ſolidum duo Domini ejusdem rei, L. *ut certò* 5. §. *duobus vehiculum ff. commodati* L. 141. § *uni duo ff. de reg. jur.* L. 19. §. *Pater ff. de Caſtrenſi peculio.* Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 1. (quidquid circà poſſeſſionem noviter tentaverit D. Hieronymus de Oros *de apicibus Lib.* 4. *cap.* 10.) hac de cauſa Jus Civile ſtabilivit, quòd Pater filium ſuum teneretur inſtituere, vel exhæredare; eòque præteritò teſtamentum eſſet nullum: Nam ſi Pater per exhæredationem non priùs adimebat filio ſuo Dominium, quod jam eô vivô filius habebat, quomodo poterat ipſum Dominium in alium transferre, & extraneum Dominum & hæredem facere? Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 1. Undè, ùt bene diſcurrit acutiſſimus ipſe Valentia locô proximè citatô, præterito filio & extraneo inſtituto, unum ex his duobus evenire debebat, aut quòd teſtamentum exſtingueret jus ſuitatis filii, aut quòd jus ſuitatis exſtingueret vim teſtamenti; non primum, quia jus ſuitatis antiquiùs eſt jure teſtamenti, & validiori ratione naturali vallatum, L. 7. *ff. undè liberi. L.* 7. *ff. de bonis damnatorum*: Ergò à fortiori ſecundum debebat evenire, quòd ſcilicet præteritio filii jus teſtamenti annullaret, & exſtingueret.

30 Hæc eſt communis ratio DD. ſed alias etiam excogitemus: Id enim, quòd de jure nullum effectum ſortiri poteſt, de jure nullum eſſe debet, *L.* 1. §. *hac autem verba ff. quòd quiſque juris.* Mynſing. *in prin. tit. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtato deferuntur n.* 2.; Sed ſi in teſtamento Paterno filius ſuus ſit præteritus, nunquam effectum habebit inſtitutio extranei, & hæres extraneus inſtitutus nunquam poterit acquirere hæreditatem, cùm ſola illa hæreditas per aditionem poteſt acquiri, quæ à lege poteſt deferri, *L. de-*

lata

lata 151. *ff. de V. S.* ; Lex autem nunquam extraneo hæredi instituto defert hæreditatem, quia in ipsomet istanti, quô Pater mortuus fuit, lex jam detulit hæreditatem paternam filio suo, & in ipsomet instanti delationis filius jam eam acquisivit, *ut suprà pluribus n.* 18. Ergò testamentum, in quo filius suus est præteritus & extraneus institutus, erit ipsô jure nullum.

Tertia ratio est, quia id, quod contra jus naturale fit, ipsô jure nullum est, nam jus naturale à nullo alio jure mutari potest, § *sed naturalia* 11. *Inst. de Jure Naturali, Gentium, & Civili*, pluribus suprà dissert. 3. n. 1.; sed testamentum, in quo filius est præteritus, est contra jus Naturale & Divinum: Jure enim Naturali, & Divinô filio debetur Patris hæreditas, vide suprà n. 13. Ergò testamentum, in quo filius est præteritus, est nullum. Quarta ratio est, quia si Pater in testamento filium suum præterit, non censetur Dominium bonorum filio adimere voluisse, sed per oblivionem, & mortis perturbationem de illo mentionem non fecisse; ùt sic Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *num.* 13. Id autem, quod per metum, & mortis perturbationem in testamento ponitur, nullum, & pro non scripto habetur, *§. impossibiles, Inst. de hæredib. instituend.* Ergò testamentum, in quo filius suus est præteritus, erit nullum. Quintam addo rationem decidendi; quia ille, qui de filio suo obliviscitur, & alienam sobolem suæ propriæ soboli anteponit, demens & furiosus videtur: Quis enim nisi demens & furiosus potest de se ipso, seu de suo filio, qui est pars Patris, & eadem persona cum Patre, suprà n. 5. oblivisci? *Leg. Titia ff. de conditio. & de demonstrationibus.* Duran. de arte testandi, *Lib.* 3. *tit. de hæredib. instit. Caut.* 10. Thesaurus *decis.* 141., & ibi Gaspar ejus filius *in additionibus.* Cod. Fabrianus *Lib.* 6. *tit.* 10. *de Codicillis def.* 2. Grassus §. *legatum q.* 67. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 3. 31

F 3 *n.* 41.

n. 41. Si Bruta enim ratione carentia de filiis suis non obliviscuntur, *prin. tit. Inst. de Jure Naturali Gent. & Civili.* Cicero *Lib.* 1. *Officior.* & *Lib.* 3., homo, qui de filiis obliviscitur, magis quàm Bruta animalia, ratione carebit; undè exiit illud pulchrè dictum D. Augustini relat. à Gratiano in cap. *Quicunque* 12. *q.* 4. *Quicunque vult Ecclesiam instituere, & filium exhaeredare, alium quaerat Consultorem, quàm Augustinum.* Qua de causa Jus Civile Patrem, qui filium suum in potestate retentum in testamento praeteribat, furiosum & dementem judicabat.

32 Sed testamentum factum à furioso & demente, est ipsô jure nullum, §. 1. *Inst. quibus non est permissum facere testamentum.* L. *filius fam.* 16. §. 1. *ff. de testam.* L. 2. §. *furiosus ff. de jure Codicillorum* L. 2. *ff. qui testamenta facere possint.* L. 5. *Cod. de Codicillis L.* 17. *de testament.* L. 47. *ff. de acq. haeredit.* L. 40. *ff. de reg. jur.*, pluribusque aliis concordantibus adductis à Valentia *illust.* 1. *tract.* 2. *cap.* 6. *à n.* 3. de Jure Regio *L.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 5. *lit. M.*, & ibi Osualdus Valentia *d. cap.* 6. *n.* 5. Santolaria *int.* 4. *S.* 2. *n.* 1. Duarenus *ad tit. qui testam. facere possunt, cap.* 2. D. Josephus Retes *Lib.* 1. *Opusc. cap.* 22. *illat.* 5. *n.* 33. idem *in adversariis cap.* 16. *n.* 5. Ergò testamentum, in quo filius suus erat praeteritus Jure Civili Romanorum erat ipsò jure nullum.

33 Favorem istum, quem concedebat Jus Civile Romanorum filiis praeteritis, quòd scilicet testamentum paternum nullum dicere possent, filiabus denegabatur; Filia enim à Patre praeterita Jure antiquo Romanorum non annullabat testamentum, *prin. tit. Instit. de exhaeredat. liberorum.* L. 8. §. 1. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testam.* D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 13. D. Josephus Retes *in adversariis de inofficioso. cap.* 18. *n.* 2. D. Hieronymus de Oros *de apicib. Lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 3. & ratio

tio cur hoc viſum fuit Romanæ Juris-Prudentiæ, fuit propter defectum fœminei ſexûs; Nam quamvis in filia in Sacris Paternis conſtitnta ſuitas reluceat, minor tamen in filiabus datur ſuitatis vis, quàm maſculis; & ſic minor affectio Patris in filiam conſideratur ad relinquendam ei hæreditatem, cùm filia non augeat, neque ſplendorem pariat familiæ; ſed ſit finis, & caput familiæ, recipiendo aliam familiam Mariti quando nubit, *Lib.* 195. *§. ult. ff. de V. S. §. fœminæ Inſtit. de adoption.* L. 1. *ff. de gradibus & affinib.* §. 1. *Inſtit. de legit. agnat. ſucceſ.* Euripides: *Mulier egreſſa Paternis ædibus, non ampliùs eſt Parentum, ſed Conjugis; Maſculum verò genus perpetuò manet in ædibus, Deorum Paternorum, & ſepulchrorum limitem honorat.* Idem Euripides: *Filii maſculi Columnæ ſunt familiarum.* Plura Joannes Stobæus *Serm.* 75. Covarruvias in cap. *Raynutius de teſtam. n.* 24. Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 1. Molina *de Primogen. Hiſpanor. Lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 2. *& ſeq.* Surdus *Conſ.* 370. *n.* 3. *Conſ.* 443. *n.* 21. Paſchalis *de Viribus Patriæ Poteſtatis p.* 4. *cap.* 9. *n.* 42. Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 13. Oros ubi ſuprà n. 3.

Et quamvìs verùm ſit, quòd aliqua jus & na- 34
tura mulieribus attribuat; mulieres enim pulchriores quàm viri creatæ ſunt, Xenophon *in Oeconomico*, ùt contra Tiraquellum *de jure primogen. q.* 17. *in.* 7. *&* 8. *Opinione*, *n.* 4. tenet. D. Joſephus Vela *diſſert.* 4. *n.* 65. & Jus Civile in multis caſibus fœminas melioris conditionis, quàm viros reputet, quos congerit Speculator *in tit. de procuratoribus §.* 1. *in prin.* Decius in leg. *fœminæ* 2. *de reg. jur.* Petrus Gregorius *de repub. Lib.* 7. *cap.* 11. *n.* 92. quos remiſſivè citat Vela *diſſert.* 44. *n.* 88. Plutarchus *in Romulo* hæc ait: *Permulti mulieribus honores ſunt habiti à Romanis, ut his tranſeuntibus de via cedere: præſente muliere nihil obſcænum loqui, &c.* Creata eſt à Deo O. M. mulier

in ſolatium & adjutorium mariti, *Geneſ. cap.* 2. *faciamus ei adjutorium ſimile ſibi.* Multis in locis Sacræ Scripturæ à Deo O. M. laudantur: *Prov. cap.* 18. *Qui invenit mulierem bonam, invenit bonum, & hauriet jucunditatem à Domino, & cap.* 26. *Sicut Sol oriens in Mundo in altiſſimis Dei, ſic mulier prudens in ornamentum domûs ſuæ, & eod. cap.* 18. *Qui expellit mulierem bonam, expellit bonum.* D. Paulus 1. *ad Corinth. cap.* 11. *Mulier autem gloria viri eſt*, Menander allegatus à Langio in Polyanth. verbô: *Mulier.*

Mulier juſta, vita ſalus,
Pulchra planta eſt in vita mulier.

In prœmium dabatur fœmina à Junone Æolo ventorum Regi, Virgilius *Æneidos* 1.

Sunt mihi bis ſeptem præſtanti corpore Nymphæ,
Quarum, quæ forma pulcherrima, Dejopejam,
Connubio jungam ſtabili, propriamque dicabo,
Omnes ut tecum meritis pro talibus annos
Exigat, & pulchra faciat te prole Parentem:

Nec deſunt Philoſophi de fœminis bene loquentes: Philoſophorum Princeps Ariſtoteles Lib. 8. de animal. hæc ſcribit: *Mulier melioris eſt pietatis, & compoſitionis, quàm Vir.* Quidam Anonymus in Aphoriſm. Politicis citatus à Polyanth. verbô, *mulier*, dicit: *Mulieres in extrema neceſſitate & periculo ſubitò inveniunt remedium, & conſilium.* Plutarchus *q. rom. Qui uxorem duxit, ejus domus perfecta eſt.*

35 Quantæ enim celebres mulieres, quantæ inſignes matronæ plurimum in regimine, & gubernatione rerum publicarum profuerunt! Quantùm in armis & litteris floruerunt! à Sacris Litteris exordium ſumamus. Debora, *ùt legitur cap.* 4. *Judicum*: fuit Judex populi Iſraël, ejusque valore populus ille à manu Jabin Regis Chanaan liberatus fuit. Celebris illa vidua Judith Civitatem Bethuliæ, caput Holofernis detruncando, à periculoſa obſidione defendit,

fendit , *tot. Lib. Judith*, & præcipuè *cap.* 13. laudata eſt ab omnibus fortitudo Michol , quæ maritum ſuum David ab ira Regis Saulis per feneſtram eripuit , *Lib.* 1. *Reg. cap.* 19. Eſther pro ſalute populi Iſraëlitici maximo periculo ſe expoſuit , *cap.* 5. *Eſther. verſ.* 1. *&* 2. Quàm maxima fuit fortitudo illius Matronæ Matris ſeptem filiorum Machabæorum , quæ cum filiis pro obſervantia ſuæ Religionis multa tormenta ſuſtinuit ! *Lib.* 2. *Machab. cap.* 7. quod exemplar multæ debiles Virgines in noſtra Chriſtiana Religione Martyrium ſubeundo imitatæ fuêre. Et tandem ſi una mulier, Eva ſcilicet, per peccatum infernalis Draconis imperium ampliavit , *Geneſ. cap.* 3. alia divina Matrona abſque peccati originalis macula genita Sanctiſſima Virgo Maria ejus Draconis caput truncavit , contrivit , & ſuperavit.

Ad hamanas hiſtorias accedamus : multas ce- 36
lebres Matronas refert Plutarchus in ſuo tract. de claris mulieribus. Celtæ mulieres in conſilium belli vocabant , Polynæus *Lib.* 2. *Stratag. fin. exempl.* D. Joſephus Vela *diſſert.* 4. *n.* 93. Idem de Germanis refert Plutarchus de virtutibus mulierum , Cornelius Tacitus de ſitu, moribus, & populis Germaniæ, *Livius Lib.* 14. *Annal. cap.* 12. refert, Britannicos primos mulieres in Duces exercituum elegiſſe. Et ſi his Authoribus non credimus , revertamus oculos ad illas Amazonides Scithiæ Reginas in præliis fortiſſimas , ad Marcheſiam , Orithiam , & Panthaſyleam , Virgilius *Æneidos* 1.

Ducit Amazonidum lunatis agmina peltis
Panthaſilea furens , mediiſque in millibus ardet,
Aurea ſubnectens exertæ Cingula Mammæ,
Bellatrix , audetque Viris concurrere Virgo.

Ovidius *Lib.* 9. *Metham.*

Thermodontiaco celatus Baltheus auro,

Celebris fuit illa Camilla Volscorum Regina, de qua Virgilius *Æneidos* 7. *in fine.*

Hos super advenit Volsca de Gente Camilla,
Agmen agens Equitum, & florentes ære Catervas,
Bellatrix: non illa colo, calatísve Minervæ
Fœmineas assueta manus: sed prælia Virgo
Dura pati, cursúque pedum prævertere ventos, &c.

Veniat illa Regina Dido ante oculos malè à Virgilio de libidinoso amoris impetu increpata, quæ ob conservandam castitatem ferro flammisque se tradidit, de qua ipse Virgilius *Æneid.* 1.

Talis erat Dido, talem selecta ferebat
Per trivios instans operi, regnisque futuris;
Tum foribus Diva media testudine templi
Septa armis, solioque altè subnixa resedit.
Jura dabat, Legesque Viris, operumque laborem
Partibus æquabat justis, aut sorte trahebat.

Quæ maxima facinora de multis insignibus Matronis leguntur! de Amalasuntha Gothorum Regina: de Margaretha de Valois, cui soli, & Cæsari concessum est nocte calamo exarare, quæ sub dio ense gerebant: de nostra Elisabetha Castellæ Regina, uxore Catholici Regis Ferdinandi, à qua purgata fuit Hispania de Saracenorum tabe & veneno, cujus plura P. Marquez *in suo Gubernatore Christiano cap.* 30. *circa finem.* Alias insignes fœminas referunt Campanilis *in diversorio Juris Canonici rub.* 11. *cap.* 2. *n.* 3. Petrus Gregorius *Lib.* 7. *de Repub. cap.* 11. *an.* 29. D. Josephus Vela *dissert.* 4. *n.* 93.

36 Non solùm armis, sed etiam litteris mulieres in Orbe floruêre. Primum exemplum sit in illa jam laudata Debora, de qua ait sacer textus *Judicum cap.* 4. *vers.* 4. *erat autem Debora Prophetis uxor Lapidoth, quæ judicabat populum in illo tempore.* Quàm celebris fuit prudentia Abigailis, quæ maritum suum Nabot à morte liberavit! *Lib.* 1. *Reg. cap.* 25. Et in *cap.* 20.

Lib.

Lib. 2. Regum hæc verba leguntur: *Et exclamavit mulier sapiens.* Maxima fuit sapientia Orientis Reginæ Sabæ, de qua dicitur *in Lib.* 3. *Reg. cap.* 10. *Sed & Regina Saba auditâ famâ Salomonis in nomine Domini venit tentare eum in Ænigmatibus.* Holda Prophetis celebris sapientia fuit inter Judæos, ùt legitur *Lib.* 4. *Reg. cap.* 22. Quam fœminarum scientiam non solùm sacræ litteræ demonstrant, sed etiam prophanæ, & fabulosæ historiæ. Novem Sorores Musas Parnassi cives omnium scientiarum, & artium inventrices & Præsides celebravit fabulosa antiquitas. Ovidius *Lib.* 5. *Metham.*

Virgineumque Helicona petit, quo monte potitæ
Constitit & doctas sic est affata sorores.

De quibus exstat Virgilii epigramma sic incipiens:

Clio gesta canens, transactis tempora reddit
Melpomene, &c.

Nonnè etiam celebravit antiquitas illas doctas mulieres Sybillas Prophetides, & fati futuri prænuntias, inter quas major Sybilla illa Cumæa? Virgilius *Æneid.* 6.

At pius Æneas Arces, quibus altus Apollo
Præsidet, horrendaque procul secreta Sybillæ,
Antrum im̃ane petit, magnam cui mentem, animumq;
Delius inspirat Vates, aperitque futura.

& *Eccloga* 4.

Ultima Cumæi venit jam Carminis ætas.

Qua de causa Poëtæ fabulantur Minervam Deam à mente Jovis progenitam Litterarum & Armorum Deam esse. Tandem veras & naturales historias inspiciamus, & videbimus plures libros scriptos à D. Brigida, D. Theresia, quæ meruit Doctricis Ecclesiæ nomen. Nonnè miranda sunt opera Beatæ Mariæ de Agreda? Et novissimè opera Poëtica, quæ Soror Joanna de Mexico in lucem dedit? Quibus duobus Monarchiæ Polis, litteris, scilicet & armis in-

inſpectis, in Hiſpania admiſſum eſt ex lege *Gothica* & lege *Regia* 2. *tit* 15. *p.* 2. quòd fœminæ ad Regnum & Sceptri Succeſſionem admittantur, Petrus Gregorius *Lib.* 7. *de Repub. cap.* 11. *num.* 2. *in fin.* Pater Marquez in ſuo gubernat. *Chriſtian. Lib.* 1. *cap.* 30. *pag.* 100. *col.* 2. D. Joſephus Vela *diſſert.* 4. *n.* 92. ùt in Eliſabetha Caſtellæ Regina, quæ cum Ferdinando Aragonis, & in Regina Joanna totius Hiſpaniæ, quæ cum Philippo primo Flandriæ Comite nupſerunt, paucis ante ſæculis vidimus? Sed in fœminis laudandis ego ſileo, quia anteà hoc fecit Caſſaneus in Catal. glor. mundi, *p.* 2. *Conſ.* 7. *& ſeq.* ubi plura videbis.

37 Sed quis his auditis favori fœminarum non acquieſcet? Quis eas non laudabit? Quis non venerabitur? Ille qui audivit ſupraſcripta, attentis oculis infràſcribenda præſcrutetur. Omnia ſupradicta non ſunt tanti ponderis, & momenti, ut jus non reputet ſexum fœmineum infimæ conditionis, & illis in paucis faveat; ſcriptum enim eſt in leg. *multis ff. de ſtatu hominum*, quòd in multis caſibus deterior eſt conditio fœminarum, quàm maſculorum: multa videbis apud Decium, & alios repetentes in *L. fœminæ* 2. *ff. de reg. juris*, & apud ea, quæ ſequentibus lineis delineabo. Quantas autoritates ſacræ paginæ adducere poſſem, quæ mulierum perverſum ſexum, & conditionem depingunt? Meliores ſolùm ponderabo. Initium ſumanus ab illis verbis Salomonis (parcant mihi mulieres) *in cap.* 25. *Eccleſiaſtici*: *Peccatum duxit initium à muliere, & per eandem omnes morimur*: Undè dixit Apoſtolus 1. *ad Timoth. cap.* 2. *Adam non eſt ſeductus, mulier autem ſeducta in prævaricatione fuit*, refert Paguera *deciſ.* 124. *num.* 7. En quomodo primum initium illarum, peccati fuit initium. Mulier creata fuit propter Virum & inferior, & ut ei obediret, D. Paulus 1. *ad Corinth. cap.* 11. *Non*

Non enim vir ex muliere, sed mulier ex viro: Etenim non est creatus vir propter mulierem, sed mulier propter virum, & 1. ad Timoth. cap. 1. *Mulier in silendo discat cum omni subjectione. Adam enim priùs formatus est, deinde Eva*, quod confirmavit D. Augustinus *in Lib. quæst. Genes.* relatus in *can. est ordo* 33. *q.* 5. *est ordo naturalis in hominibus, ut serviant fœminæ viris, & filii Parentibus, quia in illis hæc justitia est, ut majori serviat minor.* Quàm mala est cum mulieribus tractatio, & cohabitatio declarant plures Spiritûs Sancti loci *in cap. Proverb.* 21. *Meliùs est sedere in pinna tecti, quàm cum muliere litigiosa, quæ partem ædium habet*, & ibidem: *Meliùs est habitare in terra deserta, quàm cum muliere rixosa, & iracunda. Ecclesiastic. cap.* 27. *Tecta perstillantia in die frigoris & litigiosa mulier comparantur*; & paulò post: *Patrem & Virum confundit audax.* D. Hieronymus *in Epistol. ad Nepotianum* dicit: *Quia non potest totô corde cum Deo habitare, qui fœminarum accessibus copulatur: fœmina conscientiam secum pariter habitantis exurit.* D. Augustinus neque cum sorore sua habitare voluit, dicens *Lib.* 7. *Epistol. cap.* 39. *Quæ cum sorore mea sunt, sorores meæ non sunt.* Qua de causa optimè Sacri Canones prohibuerunt conversationem, & cohabitationem Clericorum cum mulieribus, *Can.* 1. *& tot. tit. de cohabitat. Clericor. & Mulier.* pluribus Arias de Mesa *Lib.* 3. *Var. cap.* 38. & aliis citatis D. Antonius Grañanieto, & D. Emanuel Gonzales, Telles *ad d. tit.* Quàm bene in *cap.* 25. *Ecclesiast.* legitur: *Omnis plaga tristitia cordis est, & omnis nequitia malitia mulieris!* & ibidem: *Non est caput nequius suprà caput colubri, & non est ira super iram mulieris. Commorari Leoni & Draconi placebit, quàm habitare cum muliere nequam*; & cap. 26. *Sicut bovum jugum, quod movetur, ità & mulier nequam*, & ejusdem *Eccles. cap.* 7. *Juveni amariorem morte mulierem, quæ laqueus venatorum est, & Sagena cor illius!*

& Spiritus Sanctus *cap.* 5. *Prov. de muliere* loquens, sic ait: *Nouissima autem illius amara, ùt absinthium, & lingua ejus acuta, quasi gladius biceps.* Et Propheta Micheas *cap.* 7. canit: *Ab ea, quæ dormit in sinu tuo custodi claustra oris tui.* Ex quibus omnibus textibus jam vides, quàm pessimus, detestabilis, & abominabilis sit fœmineus sexus.

38 Intrant nunc Sancti Patres, & omnia supradicta contra mulieres confirmant. Incipiamus à D. Antonio, qui in 3. *p. cap.* 25. *tit.* 1. per integrum Alphabeticum elementa vitiorum fœminarum describit, dicit enim: *Est mulier avidum animal, bestiale Barathrum, concupiscentia carnis, damnosum duellum, æstuans æstus, falsa fides, garrulum guttur, Herinnis armata, invidiosus ignis, calumniarum chaos, lepida lues, monstruosum mendacium, naufragii nutrix, opifex odii, prima peccatrix, quietis quassatio, ruina regnorum, sylva superbiæ, truculenta Tyrannis, vanitas vanitatum, Xantia Xersis, imago Idolorum, zelus zelotipus*, qui adducit omnium declarationem. Non minora de mulieribus decantat D. Epiphan. citatus ab Alvarez *tom.* 2. *de Vita Spirituali Lib.* 5. *p.* 2. *cap.* 14. *n.* 6. & à Peirinis *tom.* 1. *q.* 3. *cap.* 2. vers. *Octavum Remedium*, inter alia Sanctus hæc dicit: *Quid est mulier? Causa diaboli, requies serpentis, diaboli consolatio, dolor inconsolabilis, caminus succensus, eorum, qui salvantur offensio, malitia incurabilis, diurna confabulatio, hospitium lascivorum, & officina dæmonum.* D. Hieronymus *in Epistola ad Oceanum de vita Clericorum* similia sic scribit: *Mulier janua diaboli, via iniquitatis, scorpionis percussio, nocivumque genus est fœmina, &c.* Petrus Chrisologus *Serm.* 27. *de resurrectione* dicit: *Quòd mulier sit origo lamenti*, & Nazianzenus *orat. in vita Anastasii, quod mulier est calamitatum cumulus.* O! quàm bene D. Cyprianus *in Lib. de singularitate* exclamat: *De carbonibus scintillæ dissiliunt, de ferro rubigo nutritur, morbos aspi-*

aspides sibilant, *& mulier fundit concupiscentiæ pestilentiam*, quam Salamon sic comparat, dicens: *De vestimentis procedit tinea*, *& à muliere iniquitas viri.* Joannes Chrisostomus *Psalm.* 50. *Quid est speciosa mulier? Sepulchrum dealbatum.* Claudamus Seriem Sanctorum Patrum cum illis mirabilibus D. Hieronymi *in Epist. ad Nepot. Hospitiolum tuum aut rarò aut nunquam mulierum pedes terant: Omnes puellas aut virgines Christi aut æqualiter ignora*, *aut æqualiter dilige. Vide nè sub eodem tecto manseris*, *nec prætereà castitati confidas*, *nec Samsone fortior*, *nec Davide sanctior*, *nec Salomone poteris esse sapientior. Memento semper*, *quòd Paradisi Colonum de possessione sua mulier ejecit*: Undè ait quidam:

Adam, *Samsonem*, *Petrum*, *Davidem*, *Salamonem*
Decepit mulier, *quis modò tutus erit?*

O insignia verba! semper mente tenenda; alias ad idem authoritates videbis apud Langium *in Polyanth.* verdô: *Mulier*, & D. Laurentium de Peyrinis *tom.* 1. *q.* 3. *cap.* 2. vers. *Octavum remedium.*

39 Nulli sunt in qualibet scientia Authores, qui de mulieribus non malè loquantur, earumque detestabiles mores & vitia non vituperent. Adhuc Poëtæ hoc faciunt, & de fœminis non bene sentiunt, Euripides *in Mædæa*:

Mulieres sumus, *ad bona consilia pauperrimæ*, *Malorum autem omnium artifices sapientissimæ.*

Et ibidem:

Omnium autem quæ sunt animata, *& mentem habent*
Mulieres sumus miserrima planta.

Plautus *in Penul.*

Mulierum multa sunt vitia, *sed hoc è multis maximum est*, *cur sibi nimis placent*, *nimisque operam dent*, *ut placeant Viris?*

Tibullus *Lib.* 3. *eleg.* 4.

Ah! crudele genus, *nec fidum fæmina nomen*,
Ah! pereat, *didicit fallere si qua Virum.*

Me-

Menander :

Difficile eſt verbis mulieris fidem habere.

Euripides *in Iphigen.*

Callidæ ſunt mulieres inveniendis dolis.

Juvenalis *Satir.* 6.

Semper habet lites , alternaque jurgia lectus ,
In quo nupta jacet , minimum dormitur in illo.

Menander :

Mulieri nè credas , nè mortua quidem.

Homerus :

Uſque adeò nihil improbiùs , mulieriſque pejus.

Virgilius *Lib.* 4. *Æneid.*

- - - - *Varium & mutabile ſemper*
Fœmina.

Propertius *Lib.* 2.

- - *Nulla diù fœmina pondus habet.*

Miranda ſunt carmina , quæ ex Corſeto *in cap. ex parte de appellationibus* adducit Epiſcopus Campanilis *rub.* 11. *cap.* 2. *n.* 5.

Crede ratem ventis , animum nè crede Puellæ ;
Namque eſt fœminea tutior unda fide :
Fœmina nulla bona ; quod ſi bona contigit ulla ,
Neſcio quô fâtô res mala facta bona eſt.

Alia ſimilia adducunt Vivianus *in* §. *teſtes Inſt. de teſtam.* D. Ludovicus de Paguera *deciſ.* 124. *n.* 7.

Quid leviùs ventô ? flumen : quid flumine ? fama :
Quid famâ ? Mulier : quid muliere ? nihil.

40 Deveniamus ad Philoſophos , qui bene mulierum quidditatem , proprietates & qualitates ſpeculârunt , Ariſtoteles *Lib.* 18. *de Animalibus : Fœminæ debiliores ſunt Maribus , quia ſunt frigidioris naturæ.* Democritus : *Mulier multò quàm Vir promptior eſt ad aſtutias & malignitates.* Seneca *in Prover. Aut amat , aut odit mulier , nihil tertium. Dediſcere flere fœminam mendacium eſt. Duo genera lachrymarum habentur in oculis fœminarum , veri doloris unum , inſidiarum aliud. Mulier*

lier cùm sola cogitat, mala cogitat. Hipp. *in Epistol. ad Dionysium: Semper eget mulier moderatore: habet enim à natura in se lasciviam, quæ nisi quotidie resecetur, velut arbores in materiæ multæ effusionem exuberat.* Aristippus inspiciens fœminam parvam, sed pulchram, dixit: *Parvum quidem pulchrum, magnum autem malum,* refert Anton. *Serm. de muliere forti.* Democritus interrogatus: Cur cùm magnus esset, parvam duxisset uxorem? In hæc aurea verba prorupit: *Ego in malo eligendo, quod minimum erat, elegi.* Pithagoras interrogatus: qua de causa inimico suo filiam nuptum duxisset? respondit: *Quia nihil ei dare poteram deteriùs.* Socrates dicebat: *Quòd mulier speciosa & pulchra templum est super Cloacam ædificatum,* ùt refert Laërtius *de vita & morib. Philosophor.*

Non minùs politici Authores fœminas Reipub- 41
licæ, & ejus regimini inutiles judicârunt. Politicus Aristoteles *Lib.* 1. *Politicor.* sic ait: *Consilium mulieris est invalidum, pueri autem imperfectum,* & ibidem: *A mulieribus malè regitur Civitas;* Qua de causa mulieres apud Gallos Lege Salicà, quæ originem habuit in Francia tempore Regis Pharamundi Anno Domini 425., privabantur hæreditate Patris; dicamus legem Hebræorum, *cap.* 27. *numeror.* vers. 8. *Homo cùm mortuus fuerit absque filio ad filiam ejus transibit hæreditas.* Hoc tamen Gallis displicuit, & constitutum, quòd fœminæ Lege Salicâ essent incapaces Regni, & Sceptri successionis, de qua Lege Salicâ tractant Boerius *Consi.* 10. *n.* 5. Guilielmus Benedictus in cap. *Raynutius de testam. verbò: duas habens filias n.* 72. & 79. Myner. in leg. *fœminæ de reg. jur. n.* 3. & 4. Grassus *Lib.* 1. *regal. Franciæ jure* 17. Cassaneus *ad Consuet. Burgund. rub.* 3. *§.* 5. *n.* 40. Alciatus *Lib.* 2. *disp. cap.* 22. Præses Covarruvias *in pract. quæst. cap.* 1. *n.* 8. Arnisæus *Lib.* 2. *de Repub. cap.* 2. *sect.* 12. *n.* 4. Petrus Gregorius *Lib.* 6. *Sintag. cap.* 12. *n.* 9. & *Lib.* 7. *de*

7. *de Repub. cap.* 11. *n.* 97. Calixtus Ramirez *de leg. regia*, §. 3. *n.* 15. Garival *in compend. histor. Lib.* 26. *cap.* 13. Mariana *de rebus Hispaniæ Lib.* 15. *cap.* 15. Pet. Marquez *in suo gubernat. Christian. cap.* 30. D. Joannes Baptista Valenzuela *Cons.* 198. *n.* 96. aliis citatis D. Josephus Vela *dissert.* 4. *n.* 92. Cujacius *Lib.* 8. *obs. cap.* 14. Cabot. *disp. cap.* 19. Ranchinus *de successio. int.* §. 7. *n.* 1. & 2., aliis citatis Osualdus ad Donellum *Lib.* 9. *Com. cap.* 2. *Lit. B.* Undè Romani tam politica florentes videndo imbecille esse muliebre consilium & judicium statuerunt, quòd mulieres essent in perpetua tutela (muliebris quæ dicitur) ut à viris regerentur. Ulpianus *in reg. tit.* 11. Cujacius, Charondas, & Gothofredus ad *d. locum* Ulpiani, Bertrand. Maurus *de jure liberor. cap.* 18. Cujacius *Lib.* 7. *obs. cap.* 11. Osualdus ad Donell. *Lib.* 3. *cap.* 14. *Lit. C.* aliis citatis D. Josephus Retes *Lib.* 1. *Opusc. cap.* 5. *n.* 1. Et ut ad propositum revertamur, Carolus Paschalis *in axiomat. Politicis* ait: *Fœmina amissâ pudicitiâ, nullum quàm atrocissimum flagitium abnuunt.* Marcus Cato dicebat, *illud sæpè in vita se pœnituisse, si quid arcani fœmina credidisset: est quippè loquacissimum animal mulier, non facilè retinens ea, quæ in aurem dicta sunt:* Undè à Romanis testes in testamentis hac de causa prohibitæ erant esse, §. *testes Inst. de testam.* dixi *cap.* 3. *n.* 91. Cicero *Lib.* 1. *Rhetor.* ait: *Mulierum genus est avarum.* Avaritia autem omnium vitiorum radix est, ad quod attendens Alvar. Pelag. *de planctu Eccles. Lib.* 2. *cap.* 45. præter vitia omnium communia, refert centum & duo pecularia vitia mulierum, Campanilis in divers. jur. *Can. rub.* 11. *cap.* 2. *n.* 3. Romani omnia ista politica axiomata attendentes, fœminas in classes, & censum non recensebant, nec Comitiis Kalatis eas intervenire permittebant, quia nihil prosunt Reipublicæ, Agellius *Lib.* 5. *noct. attic. cap.* 19. Osuald.

ad

ad Donell. Lib. 6. Com. cap. 7. Lit. K. & similiter fœminas ab omnibus dignitatibus arcebant, *L. fæmina 2. ff. de reg. jur.*, & ibi Classici, & repetentes. A successione feudorum sunt exclusæ, *cap. 1. §. & quia de his, qui feudum dare possunt, cap. 1. §. fæmina in feudis, per quos fiat investitura,* Baldus in Leg. *quoties ff. de suis & legitimis hæredibus Col. pen.* Paguera *decis. 124. num.* 8. Ità ùt in Fideicommissis primogenituræ sexus masculinus fœmineo præferatur, juxta illud commune dictum DD. quòd in Fideicommisso primogeniali quatuor sunt consideranda, primò, linea vocata: secundò, gradus: tertiò, sexus: & quartò ætas, de quo latè Molina *de primogen. Hispanorum Lib. 3. cap. 4. n. 3. & 4.* Gregorius Lopez *in leg. 2. tit. 25. p. 2. Glos. 18. q. 6.* Casanatte *Conf. 38. num. 114.* aliis Fontanella.

Sed non reticendus locus ille cujusdam Anonymi Authoris allegati à Polyanth. verbô: *mulier in Aphorism. Politicis: Sæpissimè publicis calamitatibus, & bellis, & totarum Gentium ac Regnorum excidiis occasiones mulierum perfidia, & libidines, ac Conjugiorum violationes præbuerunt.* O quàm bene! ad hoc propositum Cato Uticensis dicebat: *Si absque fæmina esset Mundus, conversatio nostra non esset absque Diis.* Refert Valerius *in Epistol. ad Rufum.* Quanta enim mala in Mundo à mulieribus dimanarunt? Quantæ calamitates à fœminis toti terrarum circulo scaturierunt? A primis Mundi incunabulis incipiamus: Proto-Parens noster Adamus propter Uxoris Evæ illecebras in peccatum fuit lapsus, *Genes. cap. 3.* Ambrosius *in Hexam. in tract. dist. 4. Can. Adam 33. q. 5.* D. Paulus 1. *ad Timoth. cap. 2.* D. Chrisostomus *in Sermon. decollat. D. Joannis Baptistæ.* Fortissimus ille Heros & Judæus Alcides Samson blandiciis & fallaciis Dalilæ effœminatus, captus & oculis orbatus fuit, *Judicum cap. 16.* D. Ambrosius *Lib.* 42

1. *de Davide*, D. Chrisostomus ubi suprà. Sanctitatis Prothotypon Citharista Pastor David Bethsabeæ pulchritudine stimulatus homicida & adulter factus fuit, *Lib.* 2. *Reg. cap.* 11. Sapientissimus Judeæ Rex Salomon mulierum multiplici appetitu inescatus idolatravit *Lib.* 3. *Reg. cap.* 11. Chrisostomus ubi suprà; lux illa mortalibus orta D. Joannes Baptista propter saltum nefandæ illius fœminæ Herodiadis capite truncatus fuit, *Matthai cap.* 14. Fortissima illa Ecclesiæ Petra D. Petrus propter perfidiam cujusdam ancillæ Magistrum suum JEsum ter abnegavit, *Matthai cap.* 26. *vers.* 69. *Marci cap.* 14.

Ponderemus nunc fabulosa exempla, sub quibus multa moralis comprehenditur eruditio. Prop-
43 ter illud Græciæ portentum, pulchritudinis prodigium, Helenam, Trojana Urbs decennio obsessa una nocte cremata fuit. Ouidius *Lib.* 12. *Methamor.*

Defuit officio Paridis præsentia tristi
Post modo, qui raptâ longum cum Conjuge bellum
Attulit in Patriam, conjurataque sequuntur
Mille Rates.

Idem *de remedio amoris.*

Redde Parin nobis Helenen, Menelaus habebit,
Nec manibus Danaum Pergama victa cadent.

Virgilius de Helena loquens *Æneid. Lib.* 2.

Illa sibi infestos eversa ob Pergama Teucros,
Et pœnas Danaum & deserti Conjugis iras
Permetuens, Troja, & Patria communis Herinnis
Abdiderat se se, atque aris invisa sedebat.

Nefanda illa Scilla filia Regis Nisi propter amorem Minois, Patrem suum occidit, auratô crine spoliavit, Regnumque suum destruxit. Ovidius *Lib.* 8. *Methamor.*

- - - - - Thalamos taciturna Paternos
Intrat, & (heu facinus) fatali nata Parentem

Cri-

Crine suum spoliat, prædaque potita nefanda,
Fert secum spolium sceleris.

Idem Ovidius *de remed. amor.*

Impia si nostros legisset Scilla libellos,
Hæsisset capiti purpura Nise tuo.

Propter Laviniam Regis Latini filiam horrenda bella inter Æneam & Turnum in Italia orta sunt, Virgilius *Lib. 7. Æneid.*

Exulibus nè datur ducenda Lavinia Teucris.

Prima bella, quæ gesserunt Romani tempore Romuli cum Sabinis, fuit propter raptum Sabinarum, Ovid. *Lib. 14. Metham.*

- - - - - Tatius, Patresque Sabini
Bella gerunt, arcisque viâ Tarpeia reclusa
Digna animam pœna congestis exuit armis.

Ut latè hoc bellum refert Titus Livius *decad. 1. Lib. 1. cap. 6. & 7.*

Coronent hoc nostrum institutum prophanæ historiæ quàmplurimæ, ex quibus clarescet, fœminas multorum Regnorum & Orbis ruinam fuisse. Simon ille Magus hæresim suam fundavit auxiliô cujusdam Helenæ Meretricis, ùt refert D. Hieronymus *in Epistol. ad Chesiphont.* Berlinch. *in theatr. vitæ human.* verbô *mulier.* Hispania nostra Europæ opulentissimum Viridarium quantas calamitates, infortunia, & miserias passa fuit, à Saracenis occupata propter Florindam filiam Comitis Juliani, quam Rodericus ultimus Gothorum Rex violenter stupravit, P. Joannes Bussiery *in flor. histor. p. 2. cap. 3. pag.* 223. Mariana in sua historia *Lib. 6. cap.* 21. Paguera in *pract. Crim. cap. 2. n.* 13. Vilaplana *in illustr. feudal. præl. 1. n.* 27. dixi *dissert. 1. n.* 27. Britannia, quæ anteà erat Catholicæ Religionis Propugnaculum, propter nefandam illam mulierem Annam Bolenam facta fuit, & est hæresiarchæ hydræ Tartareæ Sedes. Tarquinius etiam ultimus Rex 44

Romanorum, propter violatam Lucretiam, Coronam perdidit, & à Roma ejectus fuit. Titus Livius *Lib.* 1. *dec.* 1. *cap. in fin.* dixi suprà dissert. 1. an. 19. aliásque complurimas alias historias omitto, nè nimis à legibus brevitatis discedere videar. Nec mulierum sexui aliquam gloriam propinare potest illud, quod mulieres narrant de quadam fœmina Joanna natione Anglica, quæ Romam petiit, & Pontificalem Sedem adepta fuit, & gubernavit: Quia respondeo, hanc historiam de Pontificatu Joannæ Anglicæ fabulam esse ab Hæreticis suppositam in derisionem Catholicæ Ecclesiæ, cæpitque hoc mendacium vires habere ab eo, quod referunt ex *Bellarmino*, *Baronio* & aliis, Leander *tomo* 2. *de Sacramentis*, P. M. Lastra *in suis Recollectionibus Canonicis tit.* 1. *de Sum. Trinitate q.* 3. *num.* 43.

45 Parcat autem Lector hanc digressionem in his, quæ in odium fœminarum tantis authoritatibus dixi, quia de hoc me excusat id, quòd vidi jura multa contra fœminas constituisse, hasque constitutiones editas fuisse propter tantam fragilitatem, defectum, & vitia sexus fœminei. Parcant parcant mihi quoque fœminæ hæc, quæ in ipsarum vituperium exaravi, & pro veritate habeant, quòd inter omnia Mundi fœmina bona (multæ enim inveniuntur) nil meliùs datur, & fœminâ malâ nihil pejùs, & deteriùs potest inveniri.

46 Ad propositum propter omnia suprà dicta, quæ in odium fæminarum scripsimus, Jus Civile Romanorum constituit, ùt suprà diximus n. 33. quòd filia fœmina, quamvìs suus hæres, non deberet necessariò à Patre institui, vel exhæredari, ità ut præterita non dicebat testamentum nullum; sed in hoc sistat calamus & fas sit mihi aliquas fortissimas ponderare objectiones; & prima sit: Quia sicut in successione testamentaria inspicitur favor publicus augmenti,

menti, & conservationis familiarum; ità etiam in successione ab intestato attenditur ista conservatio & augmentum familiarum, qua de causa cognati olim Jure Civili & Lege 12. tab. non vocabantur ad successionem ab intestato, quia cognati non augebant, neque splendorem addebant, neque conservabant familiam sicut agnati, *prin. tit. Inst. de succes. cognator.*, & ibi Classici Institutistæ, Osualdus ad Donellum *L. 9. Com. cap. 4. Lit. A.* Sed filia fœmina suus hæres quamvis non augeret splendorem, neque conservaret familiam, cùm esset ejusdem finis *L. 195. §. ultim ff. de V. S.* Hoc non obstante fœminâ suus hæres succedebat simul cum filiis masculis ad hæreditatem ab intestato: Quamvis enim antiquis temporibus Romanorum, Lege Voconiâ, filiæ essent exclusæ à paterna hæreditate, ùt sentit Osualdus ad Donel. *Lib. 9. Com. cap. 2. Lit. B.* & Lege Judæorum Sacræ Scripturæ, extantibus filiis masculis filia fœmina non admittebatur ad successionem ab intestato, *cap. 27. num. vers. 1. Homo cùm mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit hæreditas*; tamen leg. 12. tab. Filius tam suus quam filia sua æqualiter Patri ab intestato succedebant, §. *Sed hæc quidem vetustas, Instit. de exhæredat. liberor.* §. 15. *Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* Valentinus Froster *Lib. 3. cap. 12. n. 8. & 9.* Ranchinus *de successión. ab intestato* §. 13. *n.* 6. Cabot. *Lib. 1. disp.* 19. Osualdus ad Donellum *Lib. 9. Com. cap. 2. Lit. B.* Vinnius *in* §. 5. *Institut. de exhæredat. liberor.* Ergò similiter quamvis filia fœmina suus hæres non augeat, neque illustret familiam, tamen debet à Patre suo necessariò institui vel exhæredari, ità ut præterita reddat testamentum nullum. Cui difficili objectioni, quam tetigit Faber *in pap. tit. 9. de Patria Potestate prin.* 1. sed eam non dissolvit, hanc censeo applicari posse solutionem, scilicet, quòd in casu successionis testamentariæ non poterat filia sua præ-

præterita teſtamentum annullare ; eò quia dicere teſtamentum nullum eſt contra publicum favorem, cùm publicè interſit, ſuprema hominum judicia exitum habere, Leg. *vel negare* 5. *cum vulgatis ff. quemadmod. teſtam. aperiantur*, & ſolus favor privatus filiæ ſuæ (in ea enim non militabat favor publicus augmenti, & ſplendoris familiarum, ſicut in maſculo) non erat tanti roboris, ut poſſet contra favorem publicum teſtamentum paternum nullum reddere ; uſquèdum Imper. Juſtinianus in §. *ſed hæc quidem* 5. *Inſt. de exhæredat. liberorum*, & in Leg. *maximum vitium* 4. *Cod. de liberis præteritis*, *L. pen. & ult. Cod. de legitim. hæredib.* conſtituit, quòd ſublatâ ſexûs differentia tam filius ſuus quàm filia præteritus, vel præterita diceret teſtamentum nullum, ductus arg. noſtro ſucceſſionis ab inteſtato *d. §. ſed hæc* 5. *Inſt. de exhæredat. liberor.*, ibique omnes Inſtit. Vincentius Cabot. *Lib.* 1. *diſp.* 9. Donellus *in L.* 4. *Cod. de liberis præteritis.* Oſualdus ad Donellum *Lib.* 9. *Com. cap.* 2. *Lit. B.* Melchior de Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 13. *n.* 18. D. Joſephus Retes *Lib.* 3. *Opuſc. ad L. ultim. §. ſi filius* 2. *ff. de Leg.* 3. *n.* 3. Julius Pacius *Cent.* 7. *q.* 5. D. Martinus de Larreategui *Lib.* 7. *ſelect. cap.* 12. *n.* 3. Cùm autem iſtud periculum dicendi teſtamentum nullum, & evertendi judicium defuncti non militaret in ſucceſſione ab inteſtato, ùt conſtat : ideò lege 12. tab. filiæ ſuæ ſimul cum filiis ſuis ab inteſtato veniebant, & media Jurisprudentia filia ſua præterita non dicebat teſtamentum nullum.

47 Relictâ illâ aliâ ratione dubitandi, quòd Prætor volebat filias emancipatas neceſſariò inſtitui debere, vel exhæredari à Patre, taliter quòd præteritæ teſtamentum reſcindebant per remedium Prætoris, ſcilicet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, §. *emancipatos* 3. *Inſt. de exhæredat. liberor.* ut etiam refert

fert Justinian. *in Leg.* 4. *Cod. de liberis præteritis* , Vinnius in §. 3. *Inst. de exhæredat. liberor. n.* 2. Retes *in adversariis cap.* 18. *n.* 2. Sicque melioris conditionis videretur filia emancipata, quàm sua, de quo posteà videbimus; quia hoc faciebat Prætor , naturalem æquitatem , quam semper præ oculis habet , attendens , *L. quod Ephesi ff. quod certo loco* : quam eandem æquitatem sequutus , idem fecit Justinianus inter filios suos & filias, *L.* 4. *Cod. de liberis præterit.* ùt dixi suprà. Altera difficultas oritur ex eo , quia est certa regula in materia de bonorum possessionibus contra tabulas , quòd Prætor solùm dat bonorum possessionem contra tabulas illis filiis emancipatis præteritis , qui , si emancipati non fuissent , præteriti dicerent testamentum nullum , formalis doctrina Consulti in Leg. *non putavit* 8. *in prin. ff. de bon. possessio. contra tab.* eamque tanquam primam basim in dicta materia statuit D. Josephus Retes *Lib.* 3. *opusc. ad L. fin.* §. *si filius ff. de Leg.* 3. *n.* 2. Sed filia emancipata à Patre præterita habet bonorum possessionem contra tab. testamenti Patris antè rescriptum Imperatoris Antonini , tex. in §. *emancipatos* 3. *Institut. de exhæredat. liberor.*, fatentur Vinnius & Retes *in adversar. cap.* 5. *n.* 5. Ergò filia emancipata , si non esset emancipata, diceret præterita nullum Patris testamentum: & per consequens filia sua præterita dicit testamentum nullum. Hæc ratio dubitandi requirit altiorem indaginem & sic eam solvemus, quando tractabimus circa nostrum §. 3. *emancipatos* , utrùm filia emancipata, præterita habeat bonorum possessionem contra tabulas ? Augetur hæc difficultas in terminis filiæ suæ (quod solvere nunc debemus) quia ùt regulam vidimus , illis filiis præteritis competit contra tabulas, qui possunt dicere testamentum nullum; qua de causa exhæredatis non competit bonorum possessio contra tabulas, quia exhæredati non possunt di-

dicere teſtamentum Patris nullum, expreſsè Conſultus in Leg. *non putavit* 8. *ff. de bonor. poſſeſ. contra tab.* D. Joſephus Retes *Lib.* 3. *ad L. fin.* §. *ſi filius* 2. *ff. de Leg.* 3. *n.* 2. & in *adverſariis cap.* 5. *n.* 5. Sed filia ſua præterita habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad ſubvertendum totum teſtamentum Paternum, tex. *in Leg. ult. Cod. de liberis præteritis*, ibi: *Ex Prætore autem habebat* (ſcilicet filia præterita) *contra tab. bonorum poſſeſſionem in totum.* Vinnius *in prin. tit. Inſt. de exhæredatione liberor. n.* 4. Ergò filia ſua præterita dicit teſtamentum Patris nullum, vel ſi non poteſt dicere teſtamentum Patris nullum, ergò non habet filia præterita bonorum poſſeſſionem contra tabulas à Prætore. Ardua difficultas eſt, cui nulla alia ex multis, quas excogitavi, poteſt meliùs adhiberi ſolutio, quàm illa, quam in terminis quærelæ loquendo, inſinuavit D. Joſephus Retes in *adverſariis de inoffic. teſtament. cap.* 8. *n.* 2. *in fine*, dicendo, quòd ſecundùm illa verba Juſtiniani *in prin. tit. Inſt. de exhæredat. liberor.*: *Antiquitati fuerat obſervatum*, denotatur, quòd jus illud, quod filiæ & nepotes præteritæ non dicerent teſtamentum nullum, antiquitùs viguit ab incunabulis mediæ Juriſprudentiæ, ſed hoc jus tempore ferè Juſtiniani jam abrogatum quaſi fuerat, quod poſteà derogavit Juſtinianus in ſua Conſtitutione Leg. *maximum* 4. *Cod. de liberis præteritis* & §. 5. *Inſtit. de exhæredat. liberor.* de quo tempore forſan intelligitur d. lex *Maximum vitium* 4. *Cod. de liberor. præteritis*, quando filiæ præteritæ concedit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quô tempore jam ferè admittebatur, quòd filiæ præteritæ dicerent teſtamentum nullum. Hæc ſolutio, dum alius meliorem excogitaverit, poteſt ſuſtineri: alia ad hoc propoſitum accommodabilia poſteà videbimus.

48 Sit tertia difficultas: quia non debet eſſe deterio-

rio-

rioris conditionis filia sua nata, quàm filia sua posthuma, seu non nata; cùm filia sua nata actu sit in Patris potestate; filia autem posthuma solùm sit in patria potestate in potentia, non verò in actu, *Leg. fin. ff. de collatio. bonor. Leg.* 8. *Leg.* 10. *Leg.* 14. *ff. de usuris. L.* 82. §. *Julianus ff. de Leg.* 1. *Leg. Si quod ex Pamphila* 72. *Leg.* 77. §. *Pater filiæ ff. de legat.* 2. *Leg.* 18. §. *fundus ff. de pignorat. actio. L.* 12. §. *ultim. ff. de captivis L.* 10. *ff. de precario L.* 1. *ff. de Salviano Interdicto L.* 1. *Cod. de partu pignoris L.* 8. *ff. ad Leg. Corneliam de Sicariis, L.* 39. *ff. de pœnis. L.* 2. *ff. de mortuo inferendo. L.* 8. *ff. ad L. falcidiam.* Hotman. *Lib.* 3. *obs. cap.* 18. Connanus *Lib.* 3. *Com. cap.* 15. Donellus *Lib.* 5. *cap.* 25., ibique Osualdus, Robertus *recept. lectio. Lib.* 1. *cap.* 6. Benedictus Pinellus *Lib.* 2. *Select. cap.* 1. Alphonsus Caranza *de partu cap.* 2. *n.* 10. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 3. *obs. cap.* 1. §. 2. Compluribus exornat D. Melchior à Valentia *illust.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1.; sed filia sua posthuma præterita agnatione rumpit paternum testamentum, taliter quod à Patre debet necessariò institui vel exhæredari, si non vult ejus judicium subverti, textus in §. *Posthumi quoque*, 1. *Instit. de exhæred. liberor.* Ergò similiter filia sua debet à Patre institui vel exhæredari, & præterita dicet testamentum nullum. Rationem dubitandi agnovit celebris Institutista Arnoldus Vinnius in §. *Posthumi* 1. *Inst. de exhæred. liberor. n.* 1. datque discriminis rationem inter filiam posthumam, & filiam natam, quia respectu Posthumæ Pater non potest scire, an in utero detur Posthumus nec nè, quia multoties venter vacuus esse potest, ùt in Leg. *Ventre præteritò* 84. *ff. de acq. hæredit.* sic conciliando d. l. *ventre præteritò*, cum Leg. *Si filius* 16. *ff. de liber. & posthum.* & cùm Pater non possit certè scire, an venter sit vacuus, vel plenus, sed solùm Lex hoc scire possit, bene Santolaria *interpr.* 8. *num.* 11. & incertum sit, Pa-

terque ignoret, an posthumus filius vel filia sit, judicârunt Consulti, quòd si Pater posthumam filiam præteribat, illam per oblivionem præteribat, & inconsultò; non autem consultò, & scienter, quasi illam voluisset exhæredare; & sic talis Posthuma nata agnatione rumpit testamentum; quæ ratio cùm non militet in filia nata, quia filia nata, cùm eam præ oculis semper habeat Pater, non potest per oblivionem censeri præterita, sed consultò, & quasi exhæredata; Sicque filia nata præterita non dicit testamentum nullum. Aliter cum iisdem principiis solvit Valentia *illust.* 3 *tract.* 3. *cap.* 3. *à n.* 16.

49 Sit quarta difficultas ponderata à doctissimo Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 7. quia ideò filius suus hæres debet necessariò institui à Patre, vel exhæredari, & eò præteritô testamentum dicitur nullum, quia cùm in filio suo detur ex vi suitatis continuatio Dominii bonorum Patris, non potest alius hæres à Patre institui, nisi prius Dominium illud filio suo adimatur, aliàs darentur duo Domini in solidum, quod jura semper abhorruerunt, ùt suprà diximus n. 29. Sed hæc ratio etiam militat in filia, quia cùm filia etiam sit suus hæres *L. fin. ff. de acq. hæreditat. L. ult. ff. de collatio. dotis, L. ex contractu* 44. *ff. de re judic.*, datur etiam in filia sua continuatio Dominii Bonorum Paternorum à die mortis Patris *§. sui etiam* 3. *cum vulgatis Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*; Sicque non potest Pater alium hæredem instituere, nisi priùs à filia sua per exhæredationem Dominium adimat, nè aliàs duo Domini in solidum ejusdem hæreditatis existerent: Ergò filia sua necessariò à Patre debet institui, vel exhæredari, aliàs testamentum erit nullum. Cui objectioni satisfacit idem Valentia *d. cap.* 3. *num.* 12. dicendo, quòd in filiis suis hæredibus propter præeminentiam masculini sexûs illa ademptio Dominii debet fieri à Pa-

Patre per expressam exhæredationem, cùm non censeatur Pater filium, qui nomen Patris, familiam, & arma conservet, voluisse bonis privare, & orbare, nisi nominatim, & expressè illum exhæredaverit; in filia autem propter supradictam fragilitatem & odium sexûs, quia non conservat, neque illustrat familiam, sed est caput & finis familiæ *L.* 195. *§. ult. ff. de V. S.* Ademptio illa Dominii inducitur ex præteritione filiæ, vel inter cæteros exhæredatione; & sic filia sua præterita non dicebat testamentum nullum. Eadem solutione solvere poteris quatuor rationes dubitandi, quæ possunt efformari ex quatuor rationibus decidendi, quas suprà à num. 30. adduximus ad probandum necessariam esse filii sui institutionem vel exhæredationem.

Sed quamvìs filia sua nata præterita esset destituta hôc remediò Juris Civilis dicendi nullum testamentum paternum, non tamen fuit tam crudele Jus Civile contra fœminas, eas omni remediô destitutas relinquendo; sed filiabus præteritis dabat remedium Juris accrescendi ad certam portionem hæreditatis, dando partem hæreditatis hæredi instituto, qui aliter non poterat esse hæres, nisi dando partem hæreditatis filiæ præteritæ; quia ad hoc ut aliquis sit hæres, non requiritur, quòd totam habeat hæreditatem, sed sufficit, quòd pars hæreditatis ei tribuatur. Supradicta regula de jure accrescendi filiarum præteritarum ad certam portionem hæreditatis firmata invenitur *in prin. tit. Inst.* vers. *Sed non ità, Inst. de exhæredat. liberor. L. ult. Cod. de liber. præterit.* Ulpianus *in frag. tit.* 22. Paulus 3. *Sent. tit.* 3. Cajus *Lib.* 2. *Inst. tit.* 3. Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 12. & ibi Osualdus, Balduinus, Mynsing., Hotmannus, Vinnius *in d. prin. tit.* Cujacius *Lib.* 6. *respons. Papinia. ad L.* 41. §. *cùm filiæ ff. de vulgar.* F manus *in Synopsi disp.* 15. *Thes.* 2. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 50

3. *à n.* 7. Retes *in adversar. cap.* 18. *n.* 2. *in fine.* Quod quidem Jus accrescendi à Jure Civili filiabus concessum semper mihi facit difficultatem propter sequentia: Primò, quia inter succedentes diversô Jure non datur Jus accrescendi *L. sed cum Patrono* 6. *ff. de bonor. possess.* Et ibi DD. Mynsing. *in §. fin. Inst. de SC. Orfitiano n.* 3. aliis Retes *Lib.* 3. *Opusc. ad L.* 79. *ff. ad Trebellian. n.* 3. Cùm non possit quis habere Successorem diversi generis, *L.* 1. *ff. de acq. hæredit. L.* 20. *Cod. de jure deliber.* Vinnius *in §. fin. de SC. Orfitiano.* Sed filia præterita succedit ab intestato, & non ex testamento, cùm in illo non sit vocata, & hæres institutus ex testamento vocatus succedit: Ergò non potest filia habere Jus accrescendi. Secundò, quia non potest quis Paganus decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, *L. Jus nostrum* 7. *ff. de reg. jur. L.* 37. *ff. de testam. militis.* Cicero *de inventione.* Vasquez *de Successio. progressu in præfatio. n.* 2. Matheacius *de Via Juris Lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 12. Trentacinquius *de substitutio. p.* 1. *cap.* 15. Valentia *illust.* 1. *tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 3. Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 11. *Lit. B.* Et ibi Osualdus *in notis.* Rævardus *in d. L.* 7. *ff. de reg. jur.* Faber *Lib.* 14. *Conject. cap.* 20. Antonius Gomez 1. *Var. cap.* 10. *n.* 8. Sed si filia haberet istud Jus accrescendi, decederet testator pro parte hæredis instituti testatus, & pro parte filiæ præteritæ intestatus: Cùm hæc filia non ex testamento vocata, sed ex Jure Suitatis accrescens ab intestato veniat: Ergò filia præterita non potest habere Jus accrescendi ad certam portionem. Tertiò, quia per hoc Jus accrescendi non est bene consultum filiabus præteritis, quia per hoc Jus accrescendi solùm venit ad partem, & dicendo testamentum nullum veniret ad totam hæreditatem. Quibus difficultatibus non obstantibus, dicto Juri accrescendi acquievi, postquàm vidi eas solutas à doctissimo Valentia *illust.* 3. *tract.*

tract. 3. *cap.* 3. *n.* 15. dicendo, quòd antiqui Jurisprudentes ex conjectura voluntatis testatoris, & minore vi suitatis in fœminis vigente propter odium Sexûs interpretatione induxerunt, quòd filia tacitè instituta videatur, & ex judicio Patris veniat in partem hæreditatis; in alia autem parte, quam habet hæres institutus, videatur quasi, & tacitè exhæredata per præteritionem, nè contrarientur cum his, quæ diximus suprà n. 49., & dicit idem Valentia *eod. cap.* 3. *n.* 12. Undè cùm veniat ad illam portionem ex testamento, & conjecturatâ voluntate testatoris, jam potest habere Jus accrescendi, & testator pro tota hæreditate est testatus, nec potuit Jus Civile plus in favorem fœminarum facere. Nec obstat, quòd exhæredatio debet fieri à tota hæreditate, & à parte facta non est valida, *L. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthumis.* Mynsing. *in rub. de exhæredat. liberor. n.* 4. D. Martinus de Larreategui *Lib.* 7. *Select. cap.* 9. *per totum*; quia hoc intelligitur de expressa exhæredatione, non de tacita, sicuti in casu, quô Pater filium in Semisse, & extraneum in alio semisse instituit, filius tacitè ab uno semisse est exhæredatus, & in alio, quasi in legitima institutus, & est validum testamentum.

Jus istud accrescendi, quod habet filia præterita ad portionem paternæ hæreditatis non est idem cum illo, de quo sæpiùs in nostro Jure fit mentio in §. *hæreditas* 5., & §. *videamus* 7. *Inst. de hæredibus instit.* Triplex enim in Jurisprudentia invenitur Jus accrescendi: Primum est Jus accrescendi rei ad rem: Secundum est Jus accrescendi rei ad personam: & Tertium est Jus accrescendi personæ ad personam; mirabiliter Bellonus de Jure accrescendi *cap.* 1. *q.* 1. *n* 15. Jus accrescendi rei ad rem (relictô Jure accrescendi naturali, seu quod à natura fit per latentem accessionem, qualis est alluvio, de qua in §. 51

præ-

præterea quòd per alluvionem 20. *Inst. de rerum divis. L.* 7. §. 1. *de acq. rer. dominio. L.* 4. §. 1. *ff. de Censibus, L.* 3. §. 2. *ff. de aqua quotidiana, & æstiva.* Donellus *Lib.* 4. *Com. cap.* 27., & ibi aliis Osualdus *in notis.* Baptista Aymus tribus libris *de alluvionibus.* Connanus 3. *Com. cap.* 5. Petrus Gregorius *Lib.* 20. *Sintagmat. cap.* 8. Fachineus *Lib.* 2. *Contr. cap.* 6. Giphanius *in L.* 12. *de acq. rer. dom.* Faber *in rational. ad Pandectas, L. si ager* 23. *ff. quibus modis Ususfr. amittitur.* Pichardus *de acq. hæredit. cap.* 29. *n.* 4. Barbosa *in L.* 1. *ff. solutô Matrimoniô n.* 20. pluribus allegatis D. Franciscus de Amaya *Lib.* 3. *obs. cap.* 4. *n.* 13. D. Ferdinandus Arias de Mesa *Lib.* 2. *Var. cap.* 42. *n.* 2. Valentia *illust.* 1. *tract.* 1. *cap.* 2. *n.* 1. D. Franciscus de Amaya *in L.* 1. *Cod. de fundis limitrophis an.* 22. Vel per patentem accessionem, qualis est insula in flumine nata, de qua habetur in §. *insula* 22. *Inst. de rer. divis. L.* 7. §. 3. *ff. de acq. rer. dom. L.* 1. §. *si insula ff. de fluminibus L.* 30. §. *ff. de acq. rer. dom.*, & aliis legibus ff. eod. Cujacius *Lib.* 14. *obs. cap.* 11. Julius Pacius *Cent.* 6. *q.* 93. Hotmannus 1. *obs. cap.* 23. Giphanius *in L.* 29. *ff. de acq. rer. dominio.* Petrus Heigius *p.* 2. *q. ult. n.* 63. Donellus *Lib.* 4. *Com. cap.* 29., & aliis citatis Osualdus *in notis*) est, quando res seu portio deficientis, rei, seu alteræ portioni accessit, seu accedit, de quo Jure accrescendi fit mentio in §. *hæreditas* 5. §. *videamus* 7. *Inst. de hæredib. inst.* §. *fin. Inst. de SC. Orphitiano* §. *ult. Inst. de bonor possessionibus L.* 59. *ff. de acq. hæreditate L.* 17. §. 1. *ff. de hæred. instit.*, & aliis textibus passim in fff. libris dispersis, §. *si eadem res* 8. *inst. de legatis*, tractant Institutistæ & Classici ad dictos textus, Cujacius *Lib.* 12. *obs. cap.* 12. *& tract.* 5. *ad African. ad L.* 36. *ff. de Ususfr.* Antonius Faber *de errorib. decad.* 50. *error.* 4. Donellus *Lib.* 7. *Com. cap.* 12., & pluribus citatis Osualdus *in notis*, Duarenus integrô tractatu de Jure accrescendi, Bellonus

nus *per tres Tomos de Jure accrescendi*, Mantica *de Conject. ultim. voluntat. Lib.* 10. *tit.* 3. *a n.* 14. Petrus Gregorius *Sintag. p.* 3. *Lib.* 46. *cap.* 11. *a n.* 2. Antonius Pichardus *de acq. hæredit. cap.* 19. *a n.* 8. D. Hieronymus de Oros *Lib.* 1. *cap.* 12. *an.* 3. D. Ferdinandus Vasquius Menchacha *de Successiion. progressu in præfation. n.* 2. Matheacius *de via jur. Lib.* 2. *cap.* 10. *a n.* 12. Trentacinquius *de Substitutio. p.* 1. *cap.* 15. Valentia *illust.* 1. *tract.* 1. *toto.* D. Josephus Retes *Lib.* 3. *ad Leg. ultim. de vulgari, pag.* 350. Franciscus Broeus *ad tit. instit. de Lege falcidia* §. 1. Faber *de error. prag. decad.* 49. *tota.* Santolaria *interpr.* 9. §. 2. *a n.* 3. Vela *differt.* 11. *n.* 21. Cancer. *Var. p.* 3. *cap. fin. de Jure accrescendi.* Jus accrescendi rei ad personam est, quando portio Ususfructûs vacans accrescit ei personæ, cui alia portio Ususfructûs relicta est, nam Ususfructus non accrescit portioni, sed personæ; de quo *L.* 1. *& tot. tit. ff. de Usufr. accrescendo*, *L.* 33. §. 1. *de Usufructu. L.* 14. §. 1. *ff. de exceptione rei judicatæ*, Cujacius *Lib.* 7. *Pauli ad edictum ad d. L.* 14. §. 1. Donellus *Lib.* 10. *Com. cap.* 23. *Lit. C.*, & ibi pluribus Osualdus *in notis*, Joannes Suevius *Lib.* 2. *de Jure accrescendi, cap.* 2. Severinus *toto tract. de Usufr. accrescendo*, Castillo *de Usufr. cap.* 48. *an.* 34. Jacobus Cancer. *Var. p.* 3. *cap. fin. n.* 45. Jus accrescendi personæ ad personam est, quando persona præterita, quæ non dicit testamentum nullum, ut filia, & nepos, accrescit, & conjungitur aliis Personis institutis in portione, seu parte hæreditatis, *prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor.* vers. *Sed non ità*, *L.* 4. *Cod. de liberis præteritis*; Et istud Jus accrescendi personæ ad personam datur filiabus præteritis, quia in casu filiæ præteritæ non portio vacans accrescit portioni, sed persona vacans, seu præterita accrescit personæ institutæ, explicant DD. quos citavi suprà n. 50.

Videamus nunc ad quam portionem filia ista 52

sua præterita habebat Jus accrescendi in hæreditate paterna: quæ quantitas portionis ex diversa qualitate hæredum à Patre institutorum desumitur, ità ut instituto à Patre filio, filia habebat portionem virilem: institutô extraneô, habebat filia dimidiam, ità Ulpianus *in fragm. tit.* 25. §. 14. Cajus *Lib.* 2. *instit. tit.* 3. §. 2. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 14. & ratio hujus discriminis erat, ut benè discurrit Valentia *illust. d. n.* 14. quia quando Pater plures hæredes extraneos instituit, & filiam præterit, omnes extraneos in unam partem hæreditatis vocare censetur, & filiam in aliam, quam plus ex paterno amore diligisse præsumitur; cùm autem plures suos hæredes instituit, & filiam præterit, omnes in virilem seu æqualem partem ex eodem paterno amore vocâsse judicatur Hotmannus *Lib.* 8. *obs. cap.* 5. Cujacius *ad. tit. Cod. de liberis præteritis.* Giphanius *in Lectur. Altorphina* 3. *L.* 4. *Cod. eod.* Valentia *dicto n.* 14. Undè plures quæstiones & casus circà hanc divisionem portionis fingi possunt: Et primò in casibus, quibus solus unus filius, vel solus unus extraneus est institutus, & filia præterita, non est difficultas, quòd filius vel extraneus habent dimidiam hæreditatis, & filia præterita aliam dimidiam: In casu autem, quô sunt duo filii instituti, & filia præterita, quilibet filius habet 4. uncias hæreditatis, seu trientem, & filia alias quatuor uncias: Attamen diversum est in casu, quô sunt instituti duo extranei, & filia præterita; tunc enim filia habet semissem, & quilibet extraneus habet tres uncias hæreditatis. Solùm major difficultas erat de casu, quô permixtim sui, & extranei erant instituti: finge casum, quòd duo filii erant instituti, & unus extraneus, filiaque erat præterita, quam portionem tunc habebat filia? & dicendum est, quòd filia illa præterita ad tertiam accrescebat filiis, & extraneo ad dimidiam, & ex acciden-

cidenti eveniebat, quòd filia præterita plus consequebatur, quàm filii instituti; quia filii instituti quilibet habebant duas uncias, filia præterita habebat quinque, & extraneus tres uncias. Ad propositum, Juris-Consultus Paulus *Lib.* 3. *Sent. tit.* 4. dicit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis, si præterita accrescat, tantùm suo avocabit, quantùm extraneo: Si verò duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Doctissimè explicat Arnoldus Vinnius *in prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor. n.* 3.

Non solùm Jus Civile indulsit filiabus præteritis hoc remedium Juris accrescendi ad certam portionem paternæ hæreditatis, sed etiam Prætor suâ æquitate naturali motus, videns tantùm vinculum sanguinis inter Patrem & filiam, quam inter Patrem & filium, filiabus præteritis dedit remedium bonorum possessionis contra tabulas ad subvertendum totum paternum testamentum; quamvis enim Bachovius putet, quòd Prætor filias suas præteritas exclusit à bonorum possessione contrà tabulas; tamen communior est sententia, quòd filia sua præterita, sicut filius suus, habebat remedium bonorum possessionis contra tabulas. Primò probatur hæc sententia *ex Leg.* 1. *ff. de bonor. possessio.* Secundò ex Justiniano in §. *Sed hæc* 5. *Inst. de exhæredat. liberor.* ubi dicit, quòd Prætor in dandis bonorum possessionibus nullum discrimen sexûs faciebat, insequendo legem 12. tab. in successione ab intestato. Tertiò, & clariùs ex expresso textu *in Leg.* 4. *Cod. de liberis præteritis*, ubi hæc verba ponit Justinianus: *ex Prætore autem habebat* (filia scilicet præterita, de qua in verbis antecedentibus loquitur) *contra tabulas bonorum possessionem in totum.* Quid clariùs? Sic in terminis tenent Vinnius *in prin. tit. Instit. de exhæredat. liberor. n.* 4. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 25. Retes *in adversar. cap.* 18. *n.* 2. Jure igitur antiquô prætoriô filiabus præteritis daba- 53

tur à Prætore bonorum possessio contra tabulas ad rescindendum totum testamentum ; usque dum Imperator Antonius multum arduum hoc considerans, jussit, quòd filia præterita solùm impetraret possessorias actiones pro parte, quam ex Jure Civili per Jus accrescendi consequi poterat, ità *in Leg.* 4. *Cod. de liberis præteritis*, ibi : *Cùm enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel Jus accrescendi semissem substantiæ filia præterita accipiebat*, loquitur Justinianus supposità Antonini constitutione, Vinnius *in d. prin. tit. n.* 4. D. Josephus Retes *in adversar. cap.* 18. *n.* 2. Sicuti Centumviri in terminis quærelæ filiæ exhæredatæ solùm pro parte inofficiosi testamenti quærelam dabant, sic intelligenda lex 6. *ff. de collatione dotis*, (quamvis alias Amaya 1. *obs. cap.* 17. *n.* 29.) Retes *in adversariis cap.* 18. *n.* 2. usque dùm tempore Diocletiani, extraneô institutô, totam hæreditatem per quærelam filia exhæredata evincebat, *L. maritus* 22. *Cod. de inofficioso testam.* Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. In hoc tamen Jure de danda bonor. possessione contra tab. filiæ præteritæ, observa forsan illam rationem dubitandi adductam suprà n. 47. & solutionem ibi cùm Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. *in fine.*

54 Omnia supradicta, quæ de filiabus diximus, procedunt etiam, & applicanda sunt nepotibus in potestate Avi existentibus : Nepotes enim in potestate Avi retenti (non loquimur enim de nepotibus, qui sunt in potestate filii emancipati, & de nepotibus ex filia, qui omnes sunt extranei avo) non debent necessariò institui, vel exhæredari ab Avo ; ità ut illis præteritis, non dicitur testamentum retrò nullum, *prin. tit. Inst. de exhæredatio. liberor.* vers. *Sed non ità de filiabus, &c. L.* 8 *§.* 1. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testamento*, Valentia & Authores circà filias citati suprà n. 32. Et ratio decidendi est, quia quamvìs nepotes, quos Pater non præcessit, (non

(non loquimur enim de nepotibus à Patre præcessis, ùt posteà videbimus) habeant vim , & qualitatem suitatis , tamen non datur tanta vis suitatis in istis nepotibus , sicut in filiis ; nec tantum vinculum sanguinis & affectio avi , quia filii sunt in primo gradu , *§.* 1. *Inst. de gradibus cognationum*, & nepotes in secundo gradu §. 2. *Instit. eod.* In multis enim favorabilior est in Jure primus gradus , seu proximitas gradûs , præcipuè in fideicommissis primogenialibus, in quibus primò inspicitur linea : Secundò , gradus : Tertiò sexus : & quartò ætas , ùt post Afflict. Castrens. Socinum. Roland., tradit, primogeniorum observator Molina *de primogen. Hispanor. Lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 13. *&* 14. Undè in eadem linea attenditur gradus , & non extrà lineam ; in eodem gradu inspicitur sexus, & in eodem speculatur ætas, Molina ubi suprà, Lopez *L.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *Glos.* 18. *q.* 6. *in fine.* Alvarez *de conject. mente defuncti Lib.* 2. *cap.* 3. §. 3. *n.* 44. Cassanatte *Cons.* 38. *n.* 114. Lanar. *Cons.* 1. *n.* 64. Vegi. *Cons.* 24. *n.* 117. aliis Fontanella *decis.* 34. *n.* 5. *tom.* 1. ex qua ratione minoris vinculi sequitur, quòd Avus prætereundo nepotem , censetur illum consultò exhæredâsse , non inconsultò omisisse , id est, in portione instituisse tacitè , & in alia portione tacitè exhæredâsse. Sicuti enim filiæ , ùt diximus , habebant Jus accrescendi ad certam portionem , ità similiter nepotes istud Jus accrescendi habebant , suis in virilem , & extraneis in semissem , & etiam habebant bonorum possessionem contra tabulas, sicuti de filiabus explicabimus.

Obstant contra hanc doctrinam suprapositam omnes rationes dubitandi , quas suprà de filiabus ponderavimus , illud scilicet de successione ab intestato in nepotibus posthumis , §. *Posthumorum* 2. *Inst. de exhæredat. liberor.* de bonor. possessio. contra tabulas Prætoris, & de continuatione Dominii in nepo- 55

tes, ſicuti in filios, quæ omnia eodem modo ſolves. Præthereà obſtabis ex §. *Poſthumorum* 2. *Inſt. de exhæredat. liberor.* ubi Juſtinianus dicit, quòd ſi quis habet filium, & ex eo nepotem, debet nepotem neceſſariò inſtituere, vel exhæredare; nè filio mortuo ante nepotem quaſi agnatione teſtamentum rumpatur: Ergò nepotes (nedum poſthumi, ſed etiam jam nati) debent ab avo neceſſario inſtitui, vel exhæredari, ità ut illis præteritis teſtamentum rumpatur: Ex hac ratione dubitandi periclitari videbatur doctrina Juſtiniani *in d. prin. tit. de exhæredat. liberor.* verſ. *Sed non ità.* Cui aliqui reſpondent, ùt Viglius in d. tex., Juſtinianum *in prin. tit. Inſt. de exhæredatione liberor.* Jus antiquum, quod poſteà per ſecundum caput legis Velleiæ in d. §. *Poſthumorum* derogatum fuit, reſpexiſſe. Sed tutior ſolutio eſt, quòd nepotes ſunt in duplici differentia; alii ſunt nepotes non præceſſi à Patre, vel quorum Pater mortuus, vel emancipatus eſt tempore, quô avus facit teſtamentum, & alii ſunt nepotes præceſſi, quorum Pater vivus & non emancipatus eſt tempore, quô Avus condit teſtamentum. Nepotes non præceſſi ab Avo non debent neceſſariò inſtitui vel exhæredari, & illis præteritis teſtamentum non eſt nullum; quia potiùs cenſentur conſultò præteriti, ſeu quaſi exhæredati, quàm inconſultò omiſſi, & de his loquitur *prin. tit. Inſt. de exhæredat. liberor.* verſ. *Sed non ità*, & de his nos loquuti fuimus: Nepotes autem præceſſi, tempore, quô Avus facit teſtamentum (nam præceſſi tempore, quô avus moritur extra dubium eſt non rumpere teſtamentum) debent ab Avo neceſſariò inſtitui vel exhæredari ſub formula legis Valleiæ ſimili formulæ Galli Aquilii, nè mortuô illorum Patre ante mortem Avi videantur inconſultò omiſſi, & præteriti; cùm de illis Avus non cogitaret, quando faciebat teſtamentum, videns filium vivum, & de his

his loquitur *§. Poſthumorum.* Undè iſti quaſi Poſthumi, ſeu Poſthumi Aquiliani neceſſariò debent inſtitui vel exhæredari, nè quaſi agnatione rumpant teſtamentum. Hic intrabat tractare de formula Galli Aquilii, de primo & ſecundo capite legis Velleiæ, quæ quia extrà propoſitum, omittere decrevi: pro quibus vide præter Inſtitutiſtas ad d. *§. poſthumorum*, & Claſſicos ad L. *Gallus* 29. *cum* §§. *ff. de liber. & poſthum.* Alciatum *Lib.* 3. *Paradox. cap.* 2. Fachineum *Lib.* 10. *Controv. cap.* 24. Acoſtam in §. *Poſthumus Inſt. de legatis.* D. Franciſcum de Sarmiento in Com. ad Leg. *Gallus.* Antonium Fabrum *Lib.* 9. *conject. per totum.* Donellum *Lib.* 6. *Com. cap.* 11. *Lit. K.*, & ibi Oſualdum, Valentinum Froſterum *Lib.* 2. *de Succeſſio. cap.* 28. Valentiam *illuſt.* 3. *tract.* 4. *cap. fin.* Bartholomæum Cheſium *de differentiis cap.* 73. *& Lib.* 1. *interp. cap.* 49. Joſephum à Santolaria in ſuo manuſcripto *tract. de liberis & Poſthumis.*

Nec tandem obſtat, quòd nepos iſte non præ- 56
ceſſus à ſuo Patre in locum ſui Patris ſuccedit, & per repræſentationem in gradum ſui Patris ſubintrat, & ſic ab inteſtato cum aliis filiis ſuccedit, *L.* 1. *§.* 4. *ff. de ſuis & legitim. hæredibus. Leg.* 3. *Cod. eod. §. cum filius* 6. *Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtato deferuntur, cap.* 11. *&* 12. *Geneſis*, ubi Loth ſubintrans in locum Patris ſui præmortui diviſit cum Abraham Patruo ſuo hæreditatem ſui avi, Ulpianus *in frag. tit.* 26. §. 1. Gomez *Var. p.* 1. *cap.* 1. *à n.* 12. Donellus *Lib.* 9. *Com. cap.* 2. *Lit. K.*, & ibi Oſualdus *in notis.* Tiraquell. *de Jure Primog. q.* 40. *n.* 23. Valentinus Froſter. *Lib.* 4. *de Succeſſio. cap.* 19. D. Ferdinandus Vaſquez *Lib.* 3. *de Succeſſio. Creat.* §. 27. *Limitat.* 31. *n.* 18. Rævardus *ad L.* 12. *tab. cap.* 19. Antonius Faber *de error. prag. decad.* 55. *error.* 1. Caſtro *Lib.* 3. *Conſ.* 19.; Robles in integro tractatu *de repræſentationibus*, ex noſtris D. Antonius Acacius de Ripoll, *de Condit. &*

de-

demonstr. ad L. Titio centum 71. *ff. eod. a n.* 154. Cancer, *Var. p.* 1. *cap.* 5. *a n.* 6. D. Ludovicus de Paguera *decis.* 116. *n.* 2. *tom.* 1. Ergò nepos, qui non est præcessus, jam est in primo gradu, & sic debet necessariò institui vel exhæredari, sicut ejus Pater, si mortuus fuisset: Quia respondetur, quòd quamvis verum sit, quòd filio præmortuo nepos non præcessus per repræsentationem subintret in locum sui Patris prædefuncti, & propterea succedat ab intestato cum aliis filiis, non in capita, sed in stirpes, & verè & realiter ex propria persona, seu ex vi propriæ suitatis; tamen verè & realiter non intrat in gradum Patris, quia semper nepos est in secundo gradu; sed per fictionem repræsentationis facit idem, quòd Pater suus, si viveret, subintrando in locum ejus, seu in Jus, quod ille ad hæreditatem habebat, quod non sufficit, ut possit annullare testamentum, in cujus conservatione datur maximus favor publicus, sic DD. suprà citati.

57 Post tantas paginas in supradictis consumptas, quas forsan me scripsisse nec displicebit, deveniamus jam ad principale propositnm hujus capitis. Filii emancipati Jure Civili rigoroso inspecto non debent à Patre necessariò institui, vel exhæredari in testamento, & præteritis illis, Jure Civili testamentum valet. Hæc doctrina in Corpore Juris passim invenitur, præcipuè in *§. emancipatos* 3. *Inst. de exhæred. liberor. §. emancipati, Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur. §. præterea* 8. *Inst. quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur, §. cæteri* 3. *Inst. de hæredum qual. & different. L.* 6. §. 1. *ff. de bonor. possessio. L.* 7. *ff. de capite minutis. L. pronunciatio* 195. §. 1. *de V. S. L.* 14. §. *maritus, ff. ad l. Corneliam de falsis*, ibi: *& filium emancipatum, licèt præterire posset, petere bonorum possessionem, L. qui cum hærede,* 2. *ff. de exceptione rei judicatæ, L. quin etiam* 55. *de ritu nuptiar.* Tenent om-

omnes Institutistæ, & Classici ad dictos textus, Donellus *Lib.* 9. *Com. cap.* 2. *Lit. C.*, & ibi Osualdus *in notis*. Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 1. Santolaria *interp.* 4. §. 1. *n.* 7. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 3. & alii Authores, quos infrà in secunda parte hujus capitis 4. enarrabimus.

Ratio decidendi hujus regulæ est, quia solùm 58
illi debent necessariò institui, vel exhæredari, & præteriti dicunt testamentum nullum, qui sunt sui hæredes, & habent potentiam suitatis, quia isti sunt Domini vivente Patre, & habent illam ab instanti mortis Patris dominii continuationem, quæ efficeret duos dari Dominos in solidum suprà à n. 29. Qua de causa *in L. inter cætera* 30. *ff. de liberis & posthumis.* Consultus imponens Patribus præceptum de filiis instituendis vel exhæredandis, de filiis suis loquitur, ibi: *Namque filiô, qui in potestate est, præteritô, testamentum est nullum*; Sed filii emancipati non sunt sui hæredes Patris, sed extranei; cùm non sint in illius potestate, quæ emancipatione dissoluta est, *§. cæteri* 3. *Inst. de hæredum qual. & different. L.* 55. *ff. de ritu nuptiar.* §. *prætereà* 8. *Inst. quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur. L.* 195. §. 1. *ff. de V. S.* Ergò filii emancipati non debent à Patre in testamento institui, vel exhæredari, nec dicunt præteriti testamentum nullum; sicque communi proloquio profertur, filios emancipatos Jure Civili incognitos fuisse, Santolaria *interp.* 4. §. 1. *n.* 7. Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 3. Secunda ratio decidendi (relictis quæ per contrapositionem filii sui effingi possunt ex his, quas adduximus suprà à n. 30.) est, quia tota hæc successio testamentaria & necessitas instituendi, vel exhæredandi in illa subtili media Jurisprudentia introducta fuit propter favorem, conservationem & splendorem familiarum, ùt diximus suprà de filiabus à n. 33. discurrit Faber *in Pap. tit.* 12. *prim.* 10. *illat.* 1. *L.*

maximum vitium 4. *Cod. de liberis præteritis*, *L.* 1. *§. Sed etsi servus ff. de ventre inspiciendo.* D. Hieronymus de Oros *Lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 3. Sed filii emancipati non augent, non conservant, neque illustrant familiam Patris, cùm filius emancipatus sequutâ emancipatione suam novam familiam incipiat habere, exeundo à familia Patris, *L. Pronunciatio* 193. *§.* 1. *ff. de V. S.* Antonius Faber *in pap. d. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 1. Ergò filii emancipati non debent à Patre necessariò institui, vel exhæredari. Tertia ratio decidendi est, quia filius per emancipationem non solùm perdidit omnia Jura filii, & capite fuit diminutus, *L.* 55. *ff. de ritu nuptiar. L.* 7. *ff. de capite minutis*, *§. minima*, *Inst. eod.* Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illatio.* 1. Sed filius jam accepit maximum beneficium à Patre, utpote quòd è filiofamilias factus fuit Paterfamilias, & integra persona, capax acquisitionis, atque testandi: qua de causa emancipatio beneficium à Patre in filium collatum dicitur, & proemio remunerabile, *§. Hoc quoque*, 2. *Instit. per quas personas nobis acquiratur*, *L.* 1. *&* 2. *Cod. Theodosian. de maternis bonis. L.* 6. §. 3. *Cod. de bonis*, *quæ liberis. L.* 3. *Cod. de bonis maternis. L.* 1. *ff. Si à Parente quis fuerit manumissus*, Vinnius *in* §. *hoc quoque* 2. *Inst. per quas personas*, *&c.* Quô beneficiô filius contentus esse debet: Ergò filius emancipatus non debet à Patre necessariò institui, vel exhæredari.

59 Quarta ratio decidendi est, quia certa regula est in utroque Jure, quòd afflicto non est addenda afflictio, *L. Divus ff. de officio præfect. cap. ex parte de Clerico ægrotante.* Petrus Joannes Fontanella *decis.* 106. *n.* 12. *tom.* 1. Sed Pater qui filium emancipavit, jam perdidit maximam dignitatem, utpote Jus patriæ potestatis in filium: patria enim potestas est maxima dignitas in favorem contrahentium & supportantium onera matrimonii introducta, & res inæstimabilis *Leg.*

Leg. 114. §. *sed si filias ff. de Leg.* 1. propter illos effectus potestatis vitæ & necis, & vendendi filios, *L. in suis* 11. *ff. de liber. & posthum. L. ultim. Cod. de patria potestat.*, ùt constat in Horatio, qui Jure cæsam filiam ob patriam potestatem pronunciavit, Livius *Lib.* 1. *Halicarnassæus Lib.* 3., *& Lib.* 2. *de antiquitat. Romanor.* Tiraquellus *in annot. ad Alexandr. ab Alexandro Lib.* 6. *dier. genial. cap.* 10. *Lit. R.* Froster. *de historia Juris Civilis Lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 11. *& cap.* 7. *n.* 8. Faber *in pap. tit.* 8. *in prin.* 1. *& illat.* 4. *& prin.* 5. Retes *de interdictis & relegatis, cap.* 6. *n.* 1. D. Hieronymus de Oros. *Lib.* 2. *cap.* 4. *an.* 4. *& Lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 12. Ergò non est addenda alia afflictio Patri emancipatori, quòd filium emancipatum teneatur instituere vel exhæredare, & quòd ejus testamentum per istius præteritionem sit nullum. Quinta ratio decidendi est, quia commoda & incommoda pariformiter eundem sequuntur secundùm regulam naturalem L. *Secundùm naturam* 10. *ff. de reg. jur. L.* 1. §. *pro secundo Cod. de caducis tollendis. L. is, qui* §. *fin. de legatis præstandis, L. fin.* §. *penult. Cod. de furtis, L. si is, qui* §. 1. *ff. Commodati, L. si non fuerit* §. *fin. ff. pro Socio*, §. *cùm autem Inst. de emption. & venditio.* de Jure Canonico cap. *qui sentit. de reg. jur. in* 6. Decius *de reg. jur. ad d. L.* 10. pluribus P. Raymundus Nidus in Commentariis *ad tit. de reg. jur. in* 6. *in d. cap. qui sentit*; Sed filius emancipatus sentit commodum, quod id, quod acquirit, sibi acquirit, ùt diximus suprà n. 10. in fine, & quod habet suum successorem testamentarium, *prin. tit. Inst. Quibus non est permissum facere testam.* suprà n. 11. Pater autem sentit incommodum, quòd non acquiritur sibi id, quod filius acquirit, & quod Pater Jure peculii in ejus bona non succedit, sicut filio suo, *prin. tit. Inst. Quibus non est permissum facere testam.*, & ibi DD. Ergò Pater debet sentire hoc commodum, quòd non

teneatur filium emancipatum necessariò instituere, vel exhæredare, & filius emancipatus debet sentire hoc incommodum, quòd præteritus non dicit testamentum nullum. Sexta ratio decidendi est, quia quando Pater filium emancipabat, in emancipatione interveniebant illæ trinæ venditiones, seu mancipationes, quibus filius Patri fiduciario vendebatur, & in servilem statum redigebatur, *§. prætereà* 8. *Inst. quibus modis Jus patriæ potest. solvitur. L.* 8. *§.* 1. *ff. de injusto rupto, &c.* Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. Oros. *Lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 19. Retes *Lib.* 1. *Opusc. cap.* 21. *n.* 6., *& cap.* 6. *n.* 6. Undè Pater, qui ultimam atrocitatem erga filium fecit illum vendendo, & pugnis malè tractando, non debet ampliùs de illo recordari, & sic non debet illum in testamento exhæredare vel instituere: undè filiô emancipatô præteritô testamentum Jure Civili non est nullum.

60 Sed contra supradictam veritatem nonnullæ insurgunt gravissimæ difficultates; & prima est, quia certum est principium in nostro Jure, quòd querela inofficiosi testamenti, quæ datur filiis emancipatis ad rescindendum testamentum paternum est de Jure Civili, & à Jure Civili introducta. (Non enim est à Jure Prætorio, ùt falsò opinatus fuit Camillus Plautus *ad rubricam tit. Cod. qui admitti ad bonor. possess., &c.* Gothofredus in *L. non putavit* 8. *ff. de bon. possess. contra tab.* Besoldus *in delibatis Juris Lib.* 5. *Pandect. q.* 17. Oros. *Lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 13.; eò quia querela inofficiosi testamenti facit, quòd hæres scriptus desinat esse hæres, *L.* 17. *§. ultim. L.* 21. *§. ultim. ff. de inofficioso. L.* 8. *§. sinè causa ff. eodem*, quod Prætor facere non potest, *§. quos autem* 1. *Inst. de bonor. possess.* ùt suprà videbimus, *Leg.* 30. *§. sed etsi suus, ff. de fideicommiss. libertat. L.* 8. *§. sed quòd Papinianus, ff. de minorib.* Santolaria *interp.* 4. *§.* 1. *n.* 7. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. Retes *in adversar. cap.* 17. *n.* 6. Ne-

Neque querela introducta fuit à Jure Civili scripto, seu à Lege Glicia, ùt senserunt Cujacius *Lib.* 2. *obs. cap.* 21. *& Lib.* 3. *cap.* 8. Matheaclus *de Via Juris Lib.* 2. *cap.* 25. *n.* 19. Frosterius *de successionib. Lib.* 1. *cap.* 5. *& alii*, ùt bene fundàrunt Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. Retes *d. cap.* 17. *n.* 6. Solùm enim querela est introducta à Jure Civili non scripto, seu usu & moribus populi Romani, Prudentum priùs habitâ disputatione, & à populo amplexâ, Fulgosius in *L.* 2. *de inofficiof. testament.* Donellus *Lib.* 19. *cap.* 4. & aliis citatis. Osualdus *Lit.* R. Pichardus *in prin. tit. Inst. de inofficioso n.* 10. Amaya *Lib.* 3. *obs. cap.* 6. *an.* 4. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 14. Hotmannus *de quarta legitima cap.* 1. Claudius Chifletius *de quarta legitima cap.* 4. Ræxvardus *de autorit. Prudent. cap.* 12. Valentia *eod. cap.* 1. *n.* 11. D. Josephus Retes *in adversariis*, *cap.* 17. *n.* 6. *in fine* solvens tex. in *L. non putavit* 8. *ff. de bonor. possessio. contra tab.* in illis verbis: *Sicut nec Jure Civili testamentum paternum turbant*, id est Lege 12. tabularum, seu Jure Civili scripto, vel aliàs sic solvendus. *Sicut nec Jure Civili testamentum paternum turbant*, id est non dicunt nullum testamentum paternum Jure Civili; quia non sunt præteriti, sed exhæredati) Sed filii emancipati habent, si à Patre exhæredentur, querelam inofficiosi testamenti, capitalis textûs in *L. Papinianus* 8. *§. quarta* 9 *Inst. de inofficioso testam. arg. ex §.* 1. *Inst. de inofficioso testam.* Santolaria *interp.* 4. *§.* 1. *n.* 7. D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. Retes *in adversariis cap.* 18. *n.* 1. Ergò filii emancipati sunt cogniti à Jure Civili, & per consequens debent filii emancipati à Patre institui, vel exhæredari, aliàs dicerent testamentum nullum: Tum quia querela 61
inofficiosi testamenti solùm datur illis filiis, qui Jus habent in paterna hæreditate, quos exhæredando Pater contra officium pietatis, & quasi furiosus pro-

 cessit,

cessit, *prin. tit. Inst. de inofficioso testam. L.* 1. *&* 2. *ff. eodem.* Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 11. Retes *in adversariis cap.* 17. *n.* 8. Sed filiô emancipatô, ùt vidimus, competit querela inofficiosi testamenti: Ergò à Jure Civili habet Jus in Paterna hæreditate; sicque debet institui, vel exhæredari.

62 Tres solutiones hujus rationis dubitandi invèni apud Authores: Prímam apud Josephum à Santolaria *interp.* 4. §. 2. *n.* 14. quòd querela inofficiosi testamenti duobus modis conceditur, primò ad vindicandam injuriam ex injusta exhæredatione illatam, & hôc modô solùm datur illis filiis suis, qui debent institui vel exhæredari; & cùm emancipatus sit ad hoc incognitus à Jure Civili, non habebit emancipatus querelam inofficiosi ad vindicandam hanc injuriam. Secundò competit querela inofficiosi testamenti ob injuriam factam, quòd quarta legitima filio non relinquatur, & hôc modô datur querela filio emancipato; cùm quarta legitima sit Juris naturalis licèt quoad quotam sit Juris Civilis, Covarruvias *de sponsalibus* 2. *p. cap.* 8. *§.* 6. *n.* 4. *&* 5. Lopez *in L.* 32. *tit.* 9. *partit.* 6. *in prin.* Gomez *in L.* 40. *Tauri n.* 57. Molina *de Primogen. Lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 14. Guttierrez *practicar. Lib.* 3. *q.* 82. *n.* 12. Mierres *de Majoratib. p.* 1. *q.* 58. *n.* 147. Claudius Chifletius *de portionib. legitim. cap.* 3. *in fine.* Cujacius *in Novoll.* 18. Osualdus ad Donel. *Lib.* 19. *cap.* 4. *Lit. V.* Rodericus Suarez *in L. quoniam Cod. de inofficioso limitat.* 2. aliis citatis, Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 11. Quod verum est de legitima filiis, seu descendentibus debita, non autem de legitima Ascendentium, quæ est Juris positivi, Peregrinus *de fideicomis. art.* 49. *n.* 44. Surdus *Cons.* 341. *n.* 33. Merlino de Legitima *Lib.* 1. *tit.* 2. *q.* 12. *n.* 13. aliis citatis. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 4. Fontanella *decis.* 92. *n.* 3. *&* 4. *tom.* 1. & legitima debeatur filiis non ùt existentibus in patria potestate, sed

ſed ùt filiis, Joſephus à Santolaria *d. n.* 14. quô reſpectu attentô filiis emancipatis competit quærela inofficioſi teſtamenti. Secundam inveni apud eundem Santolaria in fine *d. n.* 14. Quòd cùm Prætor ſit viva vox, & executor Jnris Civilis, *L.* 8. *ff. de Juſtit. & Jure*, poteſt Prætor, non tollendo, ſed corrigendo vel ſupplendo extendere remedia Juris Civilis, *L.* 1. §. 2. *ff. ad L. falcidiam*: Undè Prætor, poſtquàm filiis emancipatis in ſucceſſione teſtamentaria conceſſit bonorum poſſeſſionem contra tabulas; *§.* 3. *Inſt. de exhæredat. liberor.*, etiam eis extendit exhæredatis querelam inofficioſi teſtamenti; ſicque querela inofficioſi teſtamenti non competit filiis emancipatis exhæredatis originativè à Jure Civili, ſed extenſivè à Prætore. Tertiam ſolutionem inveni apud Valentiam *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *num.* 15. *in fine*, qui dicit, quòd quamvìs querela inofficioſi teſtamenti ſit Juris Civilis uſu & moribus Romanorum recepta, tamen deſcendit querela à Jure Naturali, & pietatis ratione, quæ per emancipationem non tollitur, *L.* 10. *ff. de obſequio Parentibus & Patrono præſtandis*, *L.* 8. *ff. de reg. jur. L. fin. Cod. de in Jus vocando*, poſt Decium Aretinum, Socinum & Petrum Surdum Valentia *d. n.* 15. quidquid dicat Oros. *Lib.* 5. *cap. fin. n.* 11. Quæ ratio pietatis, in qua querela fundatur, facit, quòd filiis emancipatis, licet Jure Civili incognitis detur querela inofficioſi teſtamenti.

Secunda difficultas eſt, quia certum eſt principium in noſtro Jure, quòd ea, quæ ſunt de Jure 65
Naturali & Divino, nullô aliô Jure Civili vel Gentium diſſolvi poſſunt, *§. ſed naturalia* 11. *Inſt. de Jure Naturali, Gent. & Civili. L. Jura Sanguinis* 8. *ff. de reg. jur.* dixi *diſſert.* 3. *n.* 89.; Sed patria poteſtas, quam habet Pater in filium, eſt de Jure Naturali & Divino, *L.* 2. *ff. de Juſtitia & Jure*, *Exodi cap.* 20. *Honora Patrem tuum, & Matrem tuam, ut ſis longævus ſuper* ter-

terram, *Deuter. cap.* 5. Ecclesiastici *cap.* 3. *vers.* 4. *Matthæi cap.* 15. *vers.* 4. Marci *cap.* 10. *vers.* 7. Apostolus *ad Ephesios cap.* 6. *Prover. cap.* 19. *cap.* 20. *cap.* 28. *cap.* 30. D. Paulus *ad Colossens. cap.* 3. de Jure Canonico *in Can. dominis* 11. *q.* 3. D. Cirillus Hyerosolimitanus *cap.* 7. dicit: *Honorantes Patrem supercœlestem, etiam corporis nostri Parentes honoremus: nam Christianorum est placida prima pietas honorare Parentes, & labores educationis rependere, &c.* D. *Hieronymus in Epistol. D. Pauli ad Ephesios cap.* 6. ait: *Parentibus, de quibus secundùm carnem nati sumus, obtemperemus in Domino, implentes ea, quæ non sunt Domini contraria voluntati.* D. Chrisostomus *Homil.* 9. *in Epistolas Pauli: Filii sint in Parentes pii, subditi, & dictô obtemperantes.* D. Ambrosius *Lib.* 1. *de officiis cap.* 1. ait: *Est bonorum adolescentium timorem DEI habere, deferre Parentibus honorem, habere Senioribus reverentiam.* Cornelius à Lapide *cap.* 9. *in Genesim vers.* 26.: *sicut ait, qui thesaurizat, ità qui honorificat Matrem suam*, & posteà: *Qui honorat Patrem, vitâ vivet longiore.* Alias authoritates adducit P. Peyrinis *tom.* 1. *q.* 1. *cap.* 9. §. 2. Cicero *de responsis Aruspicum: Parentibus nos primùm Natura conciliat.* Plinius in Panegyrico: *Invitus vim, Legemque naturæ, quæ semper in ditione Parentum esse liberos jussit.* Tertullianus adversùs Marcionem *Lib.* 5. *cap.* 18. *Obaudiant & Parentibus filii, nam etsii Marcion abstulit, hoc est primum in promissione præceptum, Lex loquitur: Honora Patrem tuum & Matrem.* Seneca *in Hyppolito actu* 4.

- - - - - - - O! nimiùm potens
Quanto Parentes Sanguinis vinculo senes
Natura, quam te colemus inviti quoque.

Euripides *in supplicibus actu* 1.:

Parentibus enim infelix
Quisquis non mutuam officii reponit gratiam.

Ità ùt nulla fuit tam barbara gens, quæ solò lumine rationis naturalis Jura patriæ potestatis non agnoverit

verit. Xenocrates relatus à Lapide *cap. 9. in Genes. v. 21.* dixit: Tria tantùm præcepta in templo Eleusinæ mansisse; Primum: *Venerandos esse Deos.* Secundum: *Honorandos esse Parentes.* Tertium: *Abstinendum esse carnibus.* Cautumque apud Castellæ Regna à sapiente Rege Alphonso *in præmio tit. 9. part. 4.* Socrates *apud Xenophontem Lib. 4. memorab.* Aristoteles *Lib. 4. Ethicor. cap. 10.* Halicarnassæus *Lib. 2. antiq.* Cicero *de inventio. Lib. 2.* Julius Cæsar *Lib. 6. Comment. de Bello Gallico.* Connanus *Lib. 2. com. cap. 13. n. 2.* Petrus Gregorius *Lib. 11. Sintag. cap. 5. n. 3.* Vaconius 1. *declarat. cap. 8.* Petrus Faber *Lib. 2. Semester. cap. 2.* Fomanus *disp. 3. thesi 2.* Valentia *illust. 3. tract. 2. cap. unico. n. 1.* Quam opinionem, patriam scilicet potestatem à Jure Naturali & Divino esse, defendunt Faber *Lib. 3. Semestr. cap. 16.* Petrus Ærodius *de patrio jur. in prin.* Anneus Robertus *Lib. 19. rerum judicatar. cap. 9.* Vaconius 1. *declarat. cap. 8.* & Authores suprà citati, Camillus Borellus *de Regis Cathol. præstant. cap. 65. n. 11.* Valentia *illust. 3. tract. 2. cap. unic. à n. 1.* D. Josephus Retes *Lib. 1. Opusc. cap. 21. n. 9.* & in adversariis *cap. 17. an. 2.* Ergò patria potestas non potest dissolvi per emancipationem, qvæ Juris Civilis est, *§. prateread Instit. quibus modis Jus patriæ, &c.* dixi *dissert. 3. n. 20.* Ergò filius emancipatus etiam remanet in patria potestate, & sic suus hæres; cùm patria potestas sit prima basis suitatis supra hac dissert. 4. n. 2. & sic filius emancipatus debet à Patre institui, vel exhæredari, & præteritus dicit testamentum nullum.

Ancoram hìc mittamus, & defendamus Virum integerrimum, & de Jurisprudentia benemeritum D. Josephum Retes *in Lib. 10. Opusc. cap. 21. n. 6.* à calumniis aliquorum, quamvis ipse jam pro se arma sumpserit *in adversariis de inoffic. testam. cap. 17. n. 2.* D. Hieronymus enim de Oros *Lib. 5. de apicibus* 64

„ *Juris Civilis cap. fin.* postquàm cùm securi rectæ Juris-
„ prudentiæ voluit resecare istum nuper editum erro-
„ rem (ùt ipse ait) D. Josephi Retes, pejorem er-
„ rorem in Jurisprudentia plantavit in n. 12. in fine
„ dicti cap. fin. dum ait: *Ex his omnibus constat apertè, falsam esse supradicti Authoris Sententiam Jure Naturali tribuentis originem patriæ potestatis; cùm illa à mero Jure Civili proveniat, non solùm quoad ipsam patriam potestatem; sed etiam quoad rationem inducendæ patriæ potestatis.* Demus ipsi D. Hieronymo de Oros patriam potestatem esse à Jure Civili, ùt probant textus & rationes ab ipso adductæ; sed non possum dare, quòd patria potestas quoad rationem introductivam sit à Jure Civili, & non à Jure Naturali, cùm satis hoc demonstretur ex his, quibus suprà num. 63. illam à Jure Naturali & Divino originatam demonstravimus; nec argumenta dicti Oros contra probant, nec D. Josephus Retes aliud sentire cogitavit: præthereà addes textus in *L. fin. Cod. de impuberum & aliis substitut.* ibi: *Natura Pater & filius sunt una & eadem persona in Leg. pronunciatio* 195. §. *familiæ* 2. *ff. de V. S.* ibi: *Jure enim propriò familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut Natura aut Jure subjectæ, ut puta Patrem fam. filium familias, &c.* Quibus tam evidenter elucidatis absit à nostra Jurisprudentia tantus error, exulet à nostris legibus tantum absurdum, patriam scilicet potestatem à Jure Naturali & Divino quoad rationem introductivam non descendere.

65 Solvamus jam dictam rationem dubitandi, quam pro pyramide suæ sententiæ etiam adduxit eam Oros *d. cap. fin. n.* 11. dicendo, quòd cùm patria potestas sit à Jure Civili, & ejus effectus etiam à Jure Civili sint, per emancipationem dissolvitur patria potestas, & ejus effectus dissolvuntur, qualis est suitas; Sicque filius emancipatus, quia non est suus,

sed

ſed extraneus, non debet à Jure Civili exhæredari, vel inſtitui: Ratio autem illa introductiva patriæ poteſtatis, quæ eſt officium, reverentia, & pietas ergà Parentes, cùm ſit à Jure Naturali & Divino, adhuc remanet in filio emancipato, celebratâ emancipatione. Nec contra probat Conſultus in *Leg. ult. ff. ſi à Parente quis fuerit manumiſſus* in illis verbis: *& propter neceſſitatem ſolvendæ pietatis denegata eſt*, ſed intelliguntur, quòd filius non tenetur exercere pietatem ergà Patrem, quia Pater ergà filium pietatem non exercuit: Tum quia ſi D. Hieronymus de Oros rectè perpendiſſet verba D. Joſephi Retes *in d. Lib.* 1. *Miſcel. cap.* 21. *n.* 6. vidiſſet ab eo talem rationem dubitandi ſolutam, dum dicit: quòd Romani Juris naturalis peritiſſimi, ut poſſent patriam poteſtatem naturâ indiſſolubilem diſſolvere per emancipationem, introduxerunt illas tres mancipationes, & imaginarias venditiones, quibus patria poteſtas transfundebatur, & novabatur in aliam poteſtatem, utpotè dominicam Patris fiduciarii, quæ diſſolvitur Jure Gentium *L.* 4. *ff. de Juſt. & Jure prin. tit. Inſt. de libertinis*, Theophilus in *§. prætereà Inſt. quibus modis Jus patriæ poteſtatis, &c.* Ræavardus *Lib. ſingular. ad ll.* 12. *tab. cap.* 3. alluſit Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 1. *illat.* 4.

Tertia oritur ex difficili tex. in *L. utrùm ei* 9. *ff. de aſſignandis libertis*, in quo textu dubitat Conſultus Modeſtinus, utrùm ſolùm Pater poſſit aſſignare libertum ei filio, qui eſt in poteſtate ipſius Pàtris; an verò etiam poſſit aſſignare libertum filio emancipato? Reſpondetqae Conſultus filio emancipato poſſe fieri aſſignationem liberti: Sic pondero dictam deciſionem: certum eſt in noſtro Jure, quòd aſſignatio liberti ſolùm poteſt fieri illi filio, qui eſt in patria poteſtate, clarè Juſtinianus in *§. datur autem* 2. *Inſt. de aſſignandis libert.* ibi: *ut eis, quos in poteſtate habet*, taliter, quòd aſſignatio facta filio ſuo, ſequu- 66

tâ posteà emancipatione, evanescit per illam regulam, quæ perveniunt ad casum à quo incipere non possunt, vitiantur, *d. §. 2. L. 1. ff. de assignand. libert.* Sed filio emancipato potest fieri liberti assignatio *d. L. 9.* Ergò filius emancipatus est in Patris potestate, est suus hæres, debetque à Patre institui, vel exhæredari.

67 Respondeamus difficultati: Sed anteà non tibi forsan displicebit datâ occasione aliqua audire circa assignationem libertorum: Præsuppositis enim omnibus illis, quòd Dominus, qui manumisit aliquem servum, habet in illum libertum Jus Patronatûs propter beneficium manumissionis, quod quidem Jus Patronatûs quoad personam liberti consistit in obsequio & operis Patrono præstandis, quoad bona verò consistit in Successione Patroni in hæreditate liberti, de quo Jure Patronatûs (relictô aliô Jure Patronatûs beneficiorum, de quo Canonistæ in *tit. decretal. de Jure Patronatûs*) agitur *in tit. de obsequio Parentibus, & Patrono præstando, de operis libertor. ff. & Cod. de bonis libertor. & ff. de Jure Patronatûs, & in tit. Inst. de successión. libertor.* Præter Classicos & Institutistas Antonius Faber *in pap. tit. 5. prin. 2. illat. 8. 9. & seq.* Connanus *Lib. 2. Com. cap.* 8. Donellus *Lib. 2. Com. cap. 17. 18. & 19.*, ibique Osualdus in totis. Retes *ad Leg. ult. ff. de servis exportandis n. 11. Lib. 4. Opusc.*: Quia tamen hoc Jus Patronatûs mortuô Patre manumissore transibat ad filios suos hæredes, etiamsì à Patre non essent instituti hæredes; nam hoc Jus Patronatûs competit omnibus filiis uti filiis, non uti hæredibus *L. 9. ff. de Jure Patronatûs; L. 7. ff. §. si liberi Leg. 29. ff. de operis libertor. L. 12. §. ultim. Leg 39. ff. de bonis libertor. L. 55. ff. ad SC. Trebellianum.* Glossa *in Clementin. si plures de Jure Patronatûs.* Cujacius *Lib. 20. qq. Papinian. in d. L. 55. & Lib. 7. obs. cap. 14.* Donellus *2. Com. cap. 18.*, & ibi

 Osual-

Osualdus , Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 14. D. Joannes Chumacero *Lib.* 1. *Select. cap.* 1. *n.* 5. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 25. , & sic competit Jus Patronatûs Jure sanguinis , & non Jure hæreditariò , pluribus Valentia *dictô num.* 25. , concessum fuit Patribus à quodam Senatus Consulto , quod factum fuit tempore Claudii Imperatoris Consulibus Vellejo Rufo , & Hostorio Scapula , à quo fuit dictum Hostotianum , sivè Ostorianum , Retes *Lib.* 3. *de interdictis excurs.* 5. *n.* 78. quòd possent uni ex pluribus filiis in potestate retentis libertum assignare , id est significare , quem filium volebat habere Jus Patronatûs illius libertati , hoc enim verbum, *assignare*, significat *L. assignare* 107. *ff. de V. S.* Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. , itá desumitur hæc liberti assignatio *L.* 1. *& tot. tit. ff. de assignandis libertis prin. tit. Inst. eodem.* explicant in d. locis DD. Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 19. *Lit. D.* & ibi Osualdus, Gæddeus ad *L. assignare* 107. *ff. de V. S.* Antonius Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. Julius Pacius *Cent.* 6. *ad tit. de assignandis libertis q.* 68. Pancirolus *in suo thesauro Var. Lectio. Lib.* 3. *cap.* 7. Nicolaus Genoa *in Conciliation. Legum pap.* 411. latissimè Benedictus Pinellus *Lib.* 1. *Select. cap.* 8. Valentia *illust.* 3. *tract. cap.* 4. *n.* 3. D. Josephus Retes *Lib.* 3. *excurs.* 5. *de interdictis n.* 78. Ratio hujus fuit , quia Senatus Consultum ad remunerandum beneficium , quod contulit Patronus in libertum , eum manumittendo , inter alia præmia , quæ ipsi Patrono largitum fuit , unum fuit , quod posset Pater libertum suum unicè filiis , cui voluerit, assignare. Undè filius Patroni , cui libertus est assignatus , non potest illum libertum iterum alicui ex filiis suis assignare , *Leg. liberti* 8. *ff. de assignandis libertis* , quia verba Senatus Consulti Hostoriani relata in *L.* 1. *ff. de assignand. libertis.* solùm faciunt mentionem de Patrono , qui reverà fuit manumissor. d. *L.* 1. Fa-

ber *in Pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. Secunda ratio decidendi hujus assignationis fuit favor ipsius liberti: Utiliùs enim est, ipsi liberto, quòd unus tantùm in eum habeat Jus Patronatûs, quàm plures, & meliùs est liberto uni quàm pluribus operas præstare & servire juxta doctrinam Christi: *Nemo potest duobus Dominis servire.* Ergò Pater Patronus rectè potest uni ex suis liberis libertum assignare. Tertia ratio fuit, quia unusquisque est arbiter & moderator rerum suarum, ità ut possit de illis disponere quomodocumque voluerit. *L. in re mandata Cod. mandati* §. *per traditionem* 40. *Instit. de rerum divis.*, *& utì quisque legâssit super pecunia familiáve sua, ità Jus esto. L.* 120. *ff. de V. S.*. *L.* 1. *ff. ad Leg. Falcidiam*, pluribus Retes *Lib.* 1. *Opusc. cap.* 22. ex quibus principiis sequitur, quòd Pater potest uni ex filiis, cui voluerit, libertum assignare, sicuti potest uni ex filiis, cui voluerit, aliquam rem vel fundum legare, præcipuè cùm Jura libertorum, seu Patronatûs non spectent ad bona, neque cum bonis, hæreditate, vel possessione aliquid commune habeant. *L.* 40. *ff. de operis libertor. L.* 4. *eodem.* Faber *in Pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. quò inspectô non tenetur aliquid in Jure Patronatûs Pater omnibus filiis relinquere, sicuti aliquid ex bonis, utpotè legitimam, sed potest Pater filio, cui libuerit, libertum vel libertam assignare.

68 Nec validitatem nostræ assignationis sequentia destruere videntur: Primùm, quòd cùm Jus Patronatûs omnibus filiis competat Jure sanguinis, & utì filiis, non Jure hæreditariô, & quia hæredes, ùt pluribus textibus probavi suprà num. 67., & expresśè tenet Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 25., & cùm Jura sanguinis nullô Jure Civili dirimi possint, *L. Jura sanguinis* 8. *ff. de reg jur.* cum vulgatis, sequi videbatur, quòd Pater non potest à filiis adimere Jus Patronatûs in libertum, & uni tantùm filio vel duobus

bus libertum assignare. Secundum , quia venditio hominis liberti nullatenus valere potest , & dispositio de homine libero est invalida ; cùm homo liber non sit in commercio hominum, §. 1. *Inst. de Usucapio. L. 9. ff. de Usucapio. §. 2. Inst. de inutilibus stipulationibus. L. sed Celsus 6. ff. de contrahenda emptione, L. 83. §. Sacram ff. de V. O. §. ultim. Instit. de emptio. & venditio. L. 4. L. 34. §. Si liberum L. 20. ff. de contrahenda emptio. Leg. Homo liber.* 130. *ff. de V. O.* Qua de causa Christus Dominus noster ùt ab iniquo Apostolo Juda venderetur, formam servi accepit, juxtà illud D. Pauli : *Exinanivit semetipsum , formam quasi servi accipiens :* Valentia *illust.* 1. *tract.* 2. *cap.* 9. *n.* 1. Sed Pater assignans uni ex filiis libertum, disponit de homine libero, utpotè de liberto , qui homo liber est. §. *ult. Inst. de Jure personarum.* Ergò assignatio liberti non potest valere. Tertiò, ex difficili textu in *L. cùm Patronus* 22. §. *cùm libertus* 1. *ff. de operis libertorum* , ubi dicit Consultus , quòd Jus Patronatûs , seu opera liberti transeunt ad filios Patroni, eô ipsò , quòd filii exstiterint hæredes : ex quo textu præterquàm quòd probatur Jus Patronatûs non transire ad filios Jure sanguinis , sed Jure hæreditariô, hæc sequi videtur consequentia : Ergò Pater non potest uni filio assignare libertum , & aliis filiis Jus Patronatûs adimere , cùm filii eô ipsô , quòd à Patre instituantur hæredes , jam habeant Jus Patronatûs in Libertum.

Quibus difficultatibus respondetur , & primæ, 69
dicendo , quòd Jus Patronatûs ipsô Jure , & Jure sanguinis competit filiis Patroni , statim quô ipse Pater Patronus mortuus est , non autem quando Pater vivit : Undè Pater vivens potest de illo Jure Patronatûs disponere , assignando vel inter vivos , vel in ultima voluntate uni ex filiis libertum , vel libertam. Secundæ objectioni respondet Antonius Faber

ber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. quòd Patronus Jure communi non habet Jus assignandi libertum ; cùm talis assignatio sit quodammodo de homine libero dispositio , quæ Jure communi prohibita est ; sed quòd hoc Jus assignandi libertum competit Patrono ex speciali concessione & indulgentia Senatus Consulti Hostoriani ad remunerandum Patrono beneficium manumissionis : Undè hæc assignatio solùm potest fieri à Patrono alicui , qui sit filius , non autem extraneo (licèt extraneo hæredi Patroni in aliquibus competat Jus Patronatûs *L.* 3. *Cod. de in Jus vocando*) eô quia Senatus Consultum in suis verbis usum fuit verbô *liberis*, & non extraneis , *L.* 1. *ff. de assignandis libertis* : Sed salvâ pace Antonii Fabri ad solvendam dictam difficultatem non est opus recurrere ad specialem concessionem Senatûs Consulti , quia faciliter dictæ objectioni respondetur , quòd quando Pater assignat uni ex filiis suis libertum , non disponit de homine libero , seu de liberto , sed disponit de Jure Patronatûs , quòd quodammodo in bonis Patroni , & in Commercio hominum est. Tertiæ difficultatis difficilior est solutio ; Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 18. *Lit. E.* dicit , quòd illa verba Legis 22. §. 1. *de operis libertor. Si Patri hæredes extiterint* , intelliguntur *exstiterint* , id est : *Si Patri hæredes existere potuerint* , quod possunt eô ipsô , quod sunt filii ; Jacobus Cujacius *Lib.* 12. *obs. cap.* 14. intelligit , si hæredes fuerint , quamvìs non perseveraverint. Quæ solutiones displicent Antonio Fabro *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 14. propter illud , quòd non est in manu sui hæredis esse hæredem , *L. necessariis* 57. *ff. de acq. hæreditate* , & quia qui semel est hæres , non potest desinere esse hæres *L.* 7. §. *sed quòd Pipinianus ff. de minoribus L.* 88. *ff. de acq. hæreditate.* Demùm Faber *d. illat.* 14. illa verba : *Si hæredes exstiterint* , intelligit , si filii hæredes apparuerint , seu protulerint , se esse hæredes

des. Quidquid igitur sit de dictis solutionibus, meam ego addo, dicendo: quòd cùm dicta Lex 22. §. 1. *ff. de operis libertorum* loquatur de filiis suis & isti Jure sanguinis, quamvis non instituti, ex potentia suitatis jam dicuntur extare hæredes, quia filii sui non dicuntur hæredes institui, sed hæredes existere, vel apparere *L. in suis* 14. *ff. de suis & legitim. hæredib.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *vers. huic etiam*; hac de causa dicit Consultus *in d. L.* 22. §. 1. *ff. de operis Libertorum*, quod Jus Patronatûs, seu operæ transeunt ad filios, *si hæredes extiterint*, id est, si filii sui sint, & non exhæredati, quibus non competunt Jus Patronatûs, & bona libertorum. *L.* 12. §. *si Patroni ff. de bonis libertor.*, eò quia in filio exhæredato est suspensa qualitas suitatis, quæ tollitur per exhæredationem, per additionem hæreditatis confirmatam, pluribus Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 24. tum quia filii exhæredati meritò, & cùm causâ indigni reputantur Juris Patronatûs *d. L.* 22. *§. si Patroni.* propter notam, quam inurit exhæredatio. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 25. quod verum est in his, qui sunt exhæredati expresśè, & cum causa, non in his, qui sunt silentiô exhæredati, seu præteritione, quæ habetur pro exhæredatione, v. g de præteritione militis. *L.* 12. *Leg.* 10. *§. Julianus ff. de bonis libertor.* quia hæc silentio exhæredatio, seu præteritio non inurit infamiæ notam. Latè Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *à n.* 30. Quoad propositum verò nostræ difficultatis dico, quòd Jus Patronatûs, & operæ competunt, si hæredes exstiterint, filiis in casu, quô Pater de illo per assignationem non disposuit, quia si de illo disponit assignando libertum, soli illo filio, cui assignavit, competit Jus Patronatûs.

His generaliter prælibatis pro intelligentia tituli *fff. & Inst. de assignandis libertis*, deveniamus ad solutionem nostræ difficultatis, in qua tanquam cer- 70

tum statuo, quòd assignatio liberti solùm potest fieri á Patre filio suo, quem in sua potestate habet, tex. id §. 1. *Inst. de assignat. libertor.*, taliter, quòd assignatio facta à Patre filio suo, si posteà filius emancipatur, evanescit, *d.* §. 1. *L.* 1. *in fine ff. de assignand. libert.* & ratio est, ùt ponderat Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24., quia Senatûs Consulti Hostoriani verba relata *in L.* 1. *ff. de assignandis libertis*, quibus concessa fuit Patribus hæc assignandi potestas sic concepta sunt: *Ut si quis duos, plurésve liberos ex justis nuptiis quæsitos in potestate habens.* Ex quibus liquet, quòd assignatio non potest fieri à Patre, nisi habeat duos plurésve filios (unum tantùm filium habens, non potest assignare, cùm assignatio sit propria species electionis) & istos habeat in potestate: Sed adhuc non sistit Faber in d. illat. 24., & quærit, quô motivô impulsum fuit Senatus-Consultum ad concedendum hanc facultatem limitatam assignandi solùm filiis suis retentis in potestate sic dubitando: quia si filius emancipatus potest succedere in Jus Patronatûs *L.* 7. *S. pen. ff. de operis libertor.*, ùt posteà videbimus, cur etiam emancipato non potest fieri liberti assignatio, quæ est declaratio, cui competat Jus Patronatûs? *Leg. assignare* 107. *ff. de V. S.*; & nullam aliam rationem invenit Faber, nisì quia Senatûs-Consultum, cùm non respiciat naturalem æquitatem sicut Prætor; sed politicam rationem, ut homines ad contrahendas justas nuptias invitentur, Civitásque Romana Sobole repleatur, in dictis verbis Senatus-Consultum solùm de filiis suis mentionem fecit, concedendo solùm Patribus licentiam filiis suis libertum assignandi; non verò filiis emancipatis.

71 Sed si hæc omnia ità sunt, quid respondebimus difficultati suprà ponderatæ ex Leg. *utrùm ei* 9. *ff. de assignandis libertis*? Ubi expresè dicitur, quòd filio emancipato potest fieri liberti assignatio. Varias so-

solutiones adduxit & replicavit Legum Conciliator Nicolaus Genoa *pag.* 411., inter quas ipse eligit hanc solutionem, quòd scilicet si Pater habet solum filium emancipatum , vel unum tantùm filium suum , & alium emancipatum , non potest Pater filio emancipato libertum assignare ; sic intelligendus textus *in §. datur* 1. *Inst. de assignatio. libertor.*, si autem Pater habet duos plurésve filios suos , & unum emancipatum , potest tunc non soli emancipato , sed suo & emancipato simul facere assignationem *d. L. utrùm ei* 9. *ff. de assignand. libert.* Tunc enim emancipatus per conjunctam personam filii sui , consequitur id, quòd ipse solus non consequeretur , quod in Jure non est novum. *L. ultim. ff. de liberis & posthumis L.* 6. *ff. de inofficioso testam. L.* 3. *ff. quæ res pignori. L. debitor* 83. §. *servo ff. de legat.* 2. *L.* 63. *ff. de acq. hæredit.* Cujacius *Lib.* 3. *qq. Pauli ad Leg.* 3. *ff. quæ res pignori.* D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 13. *n.* 3, explicans responsum Javoleni in *L. qui servum* 64. *ff. de hæredib. instit.*, quam solutionem tradidit etiam Vinnius *in §. datur* 1. *Inst. de assignat. libertor.* Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 24. Pancirolus *Lib.* 3. *Var. Lection. cap.* 7. , & infertur ex illis verbis dictæ Leg. *utrùm ei* 9. *ibi : Si modò non pauciores quàm duos præterea in potestate habent :* Si autem rationnem , cur ad hoc , ut filio emancipato possit fieri assignatio liberti requiritur , quòd Pater habeat duos vel plures filios suos , & non sufficit habere unum , jam eam tradidit Guido Pancirolus *d. cap.* 7. quia scilicet quando habet Pater solùm unum filium suum , illi soli acquiritur per assignationem Jus Patronatûs, sicque nè Jus Patronatûs dividatur , non permittitur, quòd filio emancipato fiat assignatio liberti ; at verò in casu , quô Pater habet duos vel plures filios suos , jam dividitur inter ipsos Jus Patronatûs & diminuitur , quô casu nihil inconveniens visum fuit

intrare filium emancipatum in dicta liberti assignatione. Aliam insuper accipe solutionem ex Antonio Fabro *in pap. tit. 5. prin 2. illat.* 24. dicentis, quòd assignatio facta à Patre filio emancipato de liberto non valet Jure Civili, nec ex Senatus-Consulto Hostoriano, sed sustinetur ex tuitione Prætoris, qui filios emancipatos in omnibus æqualiter habet, ac filios suos retentos in potestate, & in hoc sensu post maximam dubitationem resolvitur in nostra Lege 9. *ff. de assignandis libert.* Jure prætoriô valere assignationem factam filio emancipato.

72 Quarta difficultas provenit ex textu *in Leg. ut jusjurandi* 7. §. *parvi pemultim. ff. de operis libertor.* in quo textu decidit Consultus, quòd operæ liberti debentur non solùm filiis suis, sed etiam filiis emancipatis, tenet Faber *in pap. tit.* 5. *prin.* 2. *illat.* 14. *& illat.* 24. Ergò filii emancipati sunt cogniti à Jure Civili, sicque debent à Patre instiui vel exhæredari. Respondet Argumento Antonius Faber *in pap. d. prin.* 2. *tit.* 5. *illat.* 14. quòd præstatio operarum & obligatio liberti ad operas præstandas non provenit à Jure Civili, sed à Jure Prætorio, & ab æquitate Prætoris *L.* 4. *ff. si à Parente quis fuerit manumissus L. qui libertum* 37. *ff. de operis libertor.* Undè cùm filii emancipati à Prætore cognoscantur, ùt posteà videbimus, & illos, ac si sui essent reputet, fit indè, quòd emancipati ad operas libertorum admittuntur: Tum quia Jus Patronatûs debetur filiis ùt filiis, non ùt suis, neque ùt hæredibus, non Jure hæreditariô, sed Jure sanguinis, ùt ex Valentia *illat.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 25. vidimus suprà hac differt. num. 64., & sic quamvìs filiis emancipatis competant operæ libertorum, & Jus Patronatûs, non sequitur, quòd filii emancipati essent cogniti à Jure Civili.

73 Quintæ difficultati locum etiam dare videtur textus in Lege *cùm aliter* 1. §. *domini* 6. *ff. ad Senatus-*

tus-Consultum Syllanianum, in quo textu talem proponit casum Consultus: Occisus fuit quidam filius emancipatus, & in potestate Patris non existens, dubitatum fuit apud Consultum, utrùm servi Patris torqueri deberent pro nece filii emancipati, & relictâ sententia Marcelli *Lib.* 10. *Digestor.* decidit Ulpianus servos torqueri debere, rationem assignans, quia Domini appellatione filii emancipati continentur. Quam decisionem dupliciter sic pondero: Primo, ergò filii emancipati erant cogniti à Jure Civili, utpote à Senatus-Consulto Syllaniano. Secundò: Ideò filii sui debent necessariò institui vel exhæredari, quia vivente Patre domini sunt, ùt vidimus latè suprà n. 14. Sed filii emancipati, ùt deciditur in d. *Leg.* 1. §. 6. *ff. ad Syllanianum.* Domini sunt, Dominorumque appellatione continentur; Ergò filii emancipati debent à Patre necessariò institui vel exhæredari. Paucis verbis dissolvit difficultatem Josephus à Santolaria *interp.* 11. *n.* 1. dicendo, quòd quamvìs verum sit, quòd ab initio ex Senatus-Consulto Syllaniano solùm torquerentur servi pro morte sui Domini *L.* 1. *&* §. 1. *ff. ad Senatus-Consultum Syllanianum*, & pro morte filii Domini, qui in Sacris Paternis constitutus est *d. L.* 1. §. 6 *ad Syllanianum*, tamen extensivè ex æquitate prætoria constitutum fuit, quòd etiam servi torquerentur pro nece filii emancipati, qui etiam naturâ inspectâ filius est, & in hoc sensu intelligit Santolaria dictam Legem 1. *§. Domini* 6. *ff. ad Syllanianum.* Si aliqua scire desideras de ratione introductiva Senatûs-Consulti Syllaniani consule, præter Classicos ad dictum titulum, Antonium Fabrum *in pap. tit.* 8. *prin.* 5.

Sextò urget textus in Leg. *Lucius Titius* 45. *ff. de vulgari & pupillari substitutione*, in quo tale fuit dubium: Lucius Titius Civis Romanus Paterfam. habebat unum filium in sua potestate retentum, & ha- 74

habebat alium filium naturalem tantùm; ambos hæredes instituit, eosque adinvicem substituit; mortuus fuit Pater Lucius Titius, mortuusque fuit Titianus filius legitimus impubes, relictô alterô filiô naturali pubere, & Matre suà superstitibus, quæsitum fuit *in d. L.* 45. ad quem pertineat illa hæreditas filii impuberis, an ad fratrem naturalem ex vi substitutionis, an verò ad Matrem ab intestato ex successione Senatûs-Consulti Tertuliani? Cui dubio respondit Paulus, quòd ad Matrem, non ad filium naturalem pertinet hæreditas; eò quia substitutio reciproca pupillaris non potest subsistere in persona filii naturalis, cùm iste esset pubes, & non impubes: Prosequitur Consultus Paulus & in Versiculo: *Aliter si, &c.* quærit, quid dicendum sit, si ambo filii legitimus & naturalis tantùm sint impuberes, & minores 14. annorum? Resolvitque Consultus, quòd tunc valet substitutio pupillaris, & quòd non ad Matrem, sed ad filium naturalem ex vi pupillaris substitutionis in reciproca contentæ pertinebit hæreditas: hæc est decisio Consulti, quam sic pondero: certum est principium in materia de pupillari substitutione, quòd solùm filio suo potest Pater pupillariter substituere, dixi suprà num. 12. pluribus Villar *de pupillari cap.* 2. *§.* 1. *Sec.* 2. *n.* 1. *sed in d. L.* 45. *ff. de vulgari*, Pater potest substituere pupillariter filio naturali tantùm: Ergò filius naturalis tantùm suus hæres est; sed non est in patria potestate, *prin tit. Inst. de patria potestate §. si adversùs Inst. de Nuptiis.* Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 2. *illat.* 1. Ergò etiam filii emancipati, quamvìs non sint in patria potestate sunt sui hæredes, & per consequens necessariò debent institui vel exhæredari. Gravissima est hæc difficultas, tum pro hac materia de filiis emancipatis, tum pro materia de pupillari substitutione; cui nullam aliam meliorem solutionem excogitare potuerunt DD., quàm

quàm dicere, quòd *in d. L. Lucius Titius* 45 *ff. de vulgari*, ille Versiculus : *Aliter si, &c.* mendosus & fallò suppositus est, ità ut Lex 45. legatur absque dicto Versiculo : *Aliter si, &c.* ùt sic legitur in Pandectis Noricis, Florentinis, & Basilicis absque dicto Versiculo, quà autoritate suppositâ nil incontrarium est, dictam correctionem admittere, ùt sic admiserunt Magnus Cujacius *Lib.* 12. *responsor. Pauli ad d. Leg.* 45. & in recitationibus *ad tit. Cod. de impuber. & aliis substitutionibus*, & *Lib.* 12. *obser. cap.* 26. Antonius Augustinus *Lib.* 3. *emendat. cap.* 1. alias solutiones referens Antonius Pichardus *in prin. tit. Inst. de pupillari substitutione n.* 42. D. Josephus Martinez del Villar *de pupillari cap.* 2. *§.* 1. *Sec.* 2. *n.* 30.

Septimò obstare videtur Textus in L. *Miles ità* 75
41. §. *exhæredato Miles ff. de militari testamento*, in quo textu dicit Consultus, quòd Pater miles potest filio emancipato pupillariter substituere, sed substitutio pupillaris solùm potest fieri illi filio, qui est suus hæres, & in Patris potestate, ùt dixi suprà n. 12. Ergò filius emancipatus est suus hæres, in patriaque potestate, sicque necessariò instituendus, vel exhæredandus. Cui difficultati respondetur (suppositâ illâ verâ lecturâ dicti *§.* quod verbum *exhæredato est* §. *antecedentis* 3. *&* §. 4. incipit miles & emancipato Vinnius in §. *non solùm* 4. *Instit. de pupillari*) quod in *d. Leg.* 41. §. 4. *ff. de militari* refertur speciale privilegium militis, quòd potest filio emancipato pupillariter sustituere in bonis solùm, quæ miles emancipato relinquit, quæ cùm sint concessa militi favore speciali, non est trahendum ad consequentias, nec facit difficultatem.

Octava difficultas provenit ex eo, quia Pater, 76
qui filium emancipavit, habet legitimam tutelam filii emancipati, si impubes sit, *sub tit. Inst. de legitima Parentum tutela §. prætereà* 8. *Inst. quib. mod. Jus*

patr.

partr. potestatis solvitur. Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 5. Sed tutela legitima à Jure Civili est, seu a Lege 12. tab. *prin. tit. Inst. de legitima agnatorum tutela L.* 1. *ff. de legitim. tutor.* Ergò filii emancipati sunt cogniti à Jure Civili, sicque præteriti Jure Civili, dicunt testamentum nullum. Respondetur huic difficultati ab Antonio Fabro *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 5. quòd quamvìs filii emancipati per emancipationem desinant esse filii quantùm ad Jus Civile, & à Jure Civili non cognoscantur; tamen filius emancipatus reverà, & naturaliter remanet filius, & Pater reverà remanet Pater; & cùm Lex confidat de Patre, quòd suò paternô amore rectè administrabit Patrimonium sui filii emancipati, deturque favor filii emancipati impuberis, ut potiùs Patrem habeat tutorem, quàm alium: Hac de causa propter favorem filii emancipati, non interveniente rescissione testamenti paterni, Jus Civile admisit, quòd Pater habeat legitimam tutelam filii impuberis emancipati.

77 Nonò allegatur difficilis textus in Leg. *non tantùm* 3. §. *si quis filio* 7. *vers. idemque est ff. de bonorum possessione contra tabulas*, in quo textu talis refertur facti contingentia: Titius filius emancipatum filium post emancipationem sibi ex justis nuptiis quæsitum Patri suo dedit in adoptionem, decessit ille Titius, dubitatum fuit *in d. Leg.* utrùm filius ille, qui erat Avo suo datus in adoptionem, & in familia Avi possit contratabulare testamentum Patris sui? Et respondet Consultus affirmativè, quia ille nepos non erat in aliena familia: Sic pondero *in d. Leg.* 3. §. 7. *de bonor. posses. contra tab.* Nepos ille erat in familia Avi sui datus in adoptionem personæ conjunctæ, §. *Sed hodie* 2. *Inst. de adoptionib.*, sed asseverat Consultus, quòd non est in aliena familia à familia Patris sui: Ergò familia Avi & Patris erat una & eadem familia; sed filius ille, ùt dicit textus, erat emanci-

pa-

patus: Ergò filius emancipatus est in famila sui Patris. Jam vidisti, quàm clarè probat hoc dicta *L.* 3. §. 7. *ff. de bonor. possess. contra tab.*, sed tamen audi clariorem textum in Leg. *peto* 69. §. *ultim. ff. de Legat.* 2. ubi quidam fideicommissum ordinavit, nè domus, seu Patrimonium extra familiam alienaretur, dubitat in fine textus Consultus, utrùm emancipati possint hoc fideicommissum petere? Responderque Consultus affirmativè, quia emancipati familiæ appellatione continentur: Ergò filii emancipati sunt in Patris sui familia. Idem probat text. *in Leg. fin.* vers. *idemque Juris est. ff. de bonor. possess. contra tab.* Hanc difficultatem à nullo tactam vidi nisi à doctissimo D. Josepho Ferdinandez de Retes *in adversariis de bonor. possess. cap.* 5. *n.* 8. dicens, quòd familia duplex est, alia est familia civilis, seu status civilis existendi in patria potestate, quæ familia per capitis diminutionem, seu emancipationem dissolvitur, §. *minima Inst. de capitis diminutio.*; alia est familia naturalis, quæ est idem ac cognatio seu vinculum sanguinis, quæ nec capitis diminutione, nec emancipatione tollitur, §. *sed agnationis* 3. *Inst. de legitima agnator. tutela* §. *quod autem* 6. *Inst. de capitis diminution.* Quando igitur in dictis Legibus 3. §. 7. *L. fin.* Vers. *idemque Juris est ff. de bonor. possess. contra tabulas* Lege *peto* 69. §. *ultim. de legatis* 2. dicitur, quòd filii emancipati adhuc sunt in familia Patris, non intelligitur de familia civili, seu de patriæ potestatis civili statu, qui facit suum hæredem, sed intelligitur de familia naturali, seu vinculo sanguinis, præcipuè in d. *L.* 3. §. 7. *L. fin.* Vers. *idemque Juris*, quæ est est de bonorum possess. contra tab., in quibus Prætor sive Jus Civile considerat familiam civilem, & etiam considerat familiam naturalem ad dandum bonorum possessiones, quæ omnia non sufficiunt,

ut filius emancipatus dicatur suus hæres, neque ut debeat necessariò à Patre institui vel exhæredari.

78 Decima dubitandi ratio, nec levis deduci videtur ex illo vulgato Brocardico in nostro Jure, quòd legitima, & alimenta filis à Jure naturali debentur. *prin. tit. Inst. de Jur. Natur. Gent. & Civili*, & ideò hæreditas Patris, quatenùs alimenta, & legitimam filiorum respicit, ex Jure Naturali filiis debetur; ità ut nullâ Lege Civili vel Statutô in totum tolli possit, licèt pro quota seu parte mutationem & diminutionem accipere possit. Covarruvias *de Sponsalibus 2. p. cap.* 8. §. 6. *n.* 4. *&* 5. Gregorius Lopez in *Leg.* 32. *tit.* 9. *partit.* 6. *in prin.* Gomez *in Leg.* 40. *Tauri n.* 57. Molina de Primogeniis *Lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 14. Gutterrez *practicar. Lib.* 3. *q.* 82. *n.* 12. Mierres *de Majoratib. p.* 1. *q.* 58. *n.* 147. Claudius Chiffletius *de portionibus legitimis cap.* 3. *in fine.* Osualdus ad Donellum *Lib.* 19. *cap.* 4. *Lit. V.* aliis D. Melcior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 11. *&* 12. D. Hilarius *Homil.* 3. Cassiodorus *Lib.* 2. *Var. cap.* 14. M. Anton. Cuchus *in tract. de legitima n.* 91. *in fine.* Petrus Peralta *in Leg. cùm Patronus de legat.* 2. *n.* 28. Noalis *de transmis. Cas.* 8. *n.* 102., & *casu* 10. *toto.* Marta *de Successio. legali p.* 1. *q.* 24. *art.* 2. *ex n.* 4. in finitis citatis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 77. ùt contra Merendam pluribus defendit Andreolus *Controvers.* 287. *&* 288. Sed filii emancipati, cùm à Jure Naturali cognoscantur, legitimam in hæreditate Patris habent: Ergò Jus Civile non potuit filiis emancipatis hæreditatem Patris quoad legitimam, & alimenta tollere; Ergò Jus Civile filiis emancipatis ad evincendam hanc legitimam debuit dare aliquod remedium vel dicendi, præteriti testamentum nullum, vel aliquod aliud remedium. Huic difficultati respondetup supponendo, quòd quamvìs verum sit, quòd Jura Naturalia immutabilia sint, ità

ità ut nullô Jure Civili aut Lege possint tolli, §. *sed naturalia* 11. *Instit. de Jure Natural. Gent. & Civili*, dixi suprà dissert. 3. num. 89. tamen non potest dubitari, quòd unum Jus Naturale aliô Jure Naturali fortiori & potentiori tolli potest, quod evidenter demonstratur ex Lege *Stichum* 95. *§. naturalis obligatio ff. de solutionibus*, ibi: *quia vinculum aquitatis, quô solô sustinebatur, conventionis aquitate dissolvitur.* Exemplis rem declaremus: Quid magis à Jure Naturali prohibitum, quàm furtum? Ut vidimus suprà num. 24., & tamen in casu extremæ necessitatis fortiori Jure Naturali suadente furari licet, ùt tenent communiter Moralistæ: Quid magis contra Jus Naturale, quàm aliquem locupletari cum damno & jactura alterius. *L. nam hoc natura* 14. *ff. de condictio. indebiti*, & tamen in Usucapione, suadente fortiori Jure Naturali publicæ utilitatis, nè dominia rerum sint in incerto, usucapiens cum jactura alterius locupletatur, D. Thomas *quodlib.* 12. *art.* 25. D. Hieronymus de Assin *in rub. Cod. de Usucapionibus pro emptore a n.* 18. Quô suppositô jam clarescit solutio ad nubem dictæ difficultatis, dicendo, quòd quamvis verum sit, quòd legitima filiis etiam emancipatis de Jure Naturali deberetur, nullôque Jure & Lege Civili tolli posset; tamen florens Politica Romanorum statuit, quòd filii emancipati possent impunè Jure Civili præteriri, & non dicerent testamentum nullum propter aliud Jus naturale potentius & fortius, quod militat in favorem publicæ utilitatis & conservationis familiarum, qui favor in filiis suis, & non in emancipatis consideratur; & meritò, nam Jure etiam Naturali favor, seu utilitas privata cedit favori seu utilitati publicæ: Undè filii emancipati Jure Civili non debent necessariò institui, vel exhæredari, neque præteriti dicunt testamentum nullum. Alia apud Andreolum *d. controvers.* 287.

79 Undecimò dubitare facit Textus in *Leg. filiusfamilias* 114. *§. sed si cum* 16. *ff. de legatis* 1. ubi fuit casus : Pater aliquis reliquit fideicommissum filiis cum prohibitione alienationis extra familiam, & nè bona in extraneum alienarentur, & posteà bona pervenerunt, seu alienata fuerunt per legatum in extraneum, dubitatum fuit apud Consultum, utrùm filii hæredes gravati contrafecerint voluntati defuncti, & respondet Consultus affirmativè : Prosequitur Consultus & in Vers. *Idem evenit* quærit. Quid dicendum, si Pater gravatus vivus filios emancipâsset, & eis legâsset fundum, an contrafecerit voluntati defuncti? Cui dubio etiam respondet affirmativè : in quo textu Consultus facit differentiam inter extraneos & emancipatos, & distinguit inter emancipatos & extraneos : Ergò filii emancipati non sunt hæredes extranei, sed sui. Cui *Legi* 114. *§.* 16. *de Leg.* 1., & aliis textibus similibus respondet Arnoldus Vinnius in §. *cæteri* 3. *Instit. de hæred. qualitate & differentia n.* 1. dicendo, quòd hoc nomen extraneus sumitur duobus modis. Primò : in stricta & rigurosa significatione, quô sensu hæredes extranei sunt illi, qui non sunt sui, neque obtinent primum gradum in familia, & in hoc sensu filii emancipati sunt hæredes extranei, & non sui. Secundò : hoc nomen hæres extraneus sumitur in lata & generali significatione, & dicuntur illi hæredes, qui non sunt ex numero descendentium, in quo sensu filius emancipatus, cùm sit descendens non est extraneus, & sic loquitur dicta Lex : *Filiusfamilias* 114. §. *sed si cum* 16. *ff. de Legat.* 1.

80 Propter eandem rationem, quâ diximus, quòd Pater non tenetur filium emancipatum necessariò instituere, vel exhæredare, eò quia filius emancipatus non est in Potestate Patris, neque est ei suus hæres, eâdem ratione Mater non tenetur filium necessa-

cessariò instituere, vel exhæredare, neque filius præteritus à Matre dicit ejus testamentum nullum; sed præteritio filii habetur pro exhæredatione §. *Mater fin. Inst. de exhæredatione liberor. §. cæteri 3. Inst. de hæredum qualitate & diff. L. 13. ff. de suis & legitimis hæredibus §. fœmina Inst: de adoptionibus L. 4. §. 2. ff. de bonor. possess. contra tab. L. 21. ff de adoptionibus L. Patronus 12. ff. de bonis libertor. L. 5. Cod. de adoptionib. L. pen. ff. de agnoscen. liberis. L. 195. §. familiæ ff. de V. S.* Vela *differt. 11. n. 74.* Donellus *Lib. 6. Com. cap. 12. Lit. A.* & ibi Osualdus *in Notis.* Faber *in pap. tit. 9. prin. 8. illat. 4.* Gomez *Var. p. 1. cap. 11. n. 7.* Bellonus *Lib. 1. Supputatio. cap. 2. per totum.* Bartholomæus Chesius *Lib. 1. differ. cap. 76.* D. Josephus Retes *ad Leg. ultim. §. si filius 2. ff. de legat. 3.* Jacobus Cancer *Var. p. 1. cap. 4. n. 37.* Licèt Jure Authenticorum constitutum fuerit, quòd Mater, quamvis non habens filios in potestate, non possit filium præterire, nisi adjectâ legitimâ præteritionis causa ab hærede probanda, Authentic. *licèt.* Authentic. *ex causa Cod. de liberis præteritis.* Jacobus Cancer *d. cap. 4. n. 37.* Et ratio supràdicti est, quia fœmina cùm non habeat filios in sua potestate *§. fœminæ Inst. de adoptionib.* Faber *in pap. tit. 9. prin. 8.* non potest habere suos hæredes §. *cæteri 3. Inst. de hæred. qualitate & differentia*, & textibus supràcitatis: Undè fit, quòd cùm bonorum possessio contra tabulas solùm detur illis filiis, qui si non essent emancipati, essent sui hæredes, & Jure Civili testamentum turbarent, seu nullum dicerent, non possit filiis à Matre præteritis dari bonorum possessio contra tabulas. *L. 4. §. 2. ff. de contra tabulas.* Faber *in pap. tit. 9. prin. 8. illat. 5.* Retes *ad d. leg. ultim. §. si filius 2. de legat. 3. n. 1.* & Justinianus *in §. Mater fin. Inst. de exhæredatio. liberor.* Non sunt tamen isti filii destituti omni remedio à Jure Civili contra testamentum Ma-

tris ; quia cùm eorum præteritio pro exhæredatione habeatur, habent præteriti quærelam inofficiosi testamenti ad rescindendum Matris testamentum, §. *Mater fin. Inst. de exhæredatio. liberor. prin. tit. Inst. de inofficioso testamento.* Retes *in adversariis de inofficioso testamento cap.* 18. *n.* 6. Hæc omnia, quæ diximus de Matre in ordine ad filios, etiam extendenda sunt ad Avum Maternum, eò quia Avus Maternus non habet nepotem ex filia in sua potestate. §. *Mater Inst. de exhæredatione liberorum* §. *fin. Instit. de patria potestate L.* 155. §. 2. *de V. S.* Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 8.

81 Sed circà hoc aliquas in Jure valdè difficiles enodemus difficultates brevissimè. Sit prima ex *cap.* 2. *Genesis*, ubi filia Pharaonis Moysem aquis expositum à flumine extraxit, illumque in locum filii adoptavit ibi : *Quem illa adoptavit in locum filii, vocavitque nomen ejus Moyses*, & *ex cap.* 19. *Joannis*, ubi per illa verba Christi ad Sanctissimam Virginem Mariam : *Mulier ecce filius tuus.* D. Joannes Apostolus fuit factus filius adoptivus Virginis Mariæ ; Ergò fœmina potest adoptare, & sic habebit patriam potestatem, & suos hæredes. Respondetur huic difficultati dicendo, quod verum equidem est, quòd fœmina non potest filios adoptare. *§. fœmina Inst. de adoptionib. L.* 5 *Cod. eodem. L.* 29. *§.* 3. *ff. de inofficioso testamento.* Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 22., & ibi Osualdus *in Notis.* Antonius Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 8. & præcipuè *illat.* 6. *& tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 31. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 37., ea ratione, quia fœmina non potest habere filios in sua potestate, *d. §. fœmina §. cateri* 3. *Inst. de hæredib. qualitat. & differentia.* Cancer *d. n.* 37. (quamvìs hæc ratio decidendi displiceat Arnoldo Vinnio in d. *§. fœmina* 10. *Inst. de adoptionib.* eâ ratione dubitandi, quia potest dari adoptio, quâ adoptatus non sit in patria potestate adoptantis, ut quando filius datur à Patre in adoptionem personæ ex-

extraneæ §. *sed hodie* 2. *Instit. de adoptionibus L.* 10. *Cod. eod.* Donellus *Lib.* 2. *Com. cap.* 22., & ibi Osualdus *Lit. K.* Cui ego respondeo, quòd in adoptione, quamvis aliquoties non producatur patria potestas, ùt in casu suprà dicto, requiritur tamen, quòd adoptans sit capax patriæ potestatis, qualis non est mulier) tamen fœmina ex speciali indulgentia Principis, seu ex rescripto Principis in solatium filiorum amissorum potest adoptare filium. §. *fœmina* 10. *Inst. de adoptionib. L.* 5. *Cod. eod. L.* 21. *ff. eodem. L.* 29. §. *quoniam ff. de inofficioso testamento*, non ut per talem adoptionem habeat fœmina patriam potestatem in filios, quod in Jure impossibile est, sed ut habeat solatium suæ orbitatis, & hæredem, Vinnius *in d. §. fœmina*; & ratio est, quia cùm Princeps possit dispensare suprà Jus Civile positivum Arg. ex §. *sed quòd Principi Inst. de Jure Naturali, Gent. & Civili*, potest suo rescripto concedere licentiam adoptandi fœminæ, & hôc modô ex indulgentia Pharaonis ejus filia Moysem adoptavit, & similiter ex voluntate Supremi Principis Cœlorum Christi D. Joannes factus fuit filius adoptivus Mariæ, ut eam consolaretur ob amissionem melioris filii Christi Domini nostri. Sicque nil obstant dicti textus *in cap.* 2. *Exodi*, & *cap.* 19. *Joannis.*

Sit secunda difficultas ex *Leg.* 30. §. 1. *ff. de acquirenda hæreditate*, in illis verbis: *Suum hæredem est paritura*, ubi Consultus de muliere dicit, quòd paritura est suum hæredem: Cui argumento respondetur cum Glossa *in d. Leg.* 30. §. 1. quòd illa verba: *Proximus à ventre, qui suum hæredem paritura est*, intelliguntur, quòd mulier paritura est suum hæredem, non sibi, sed marito suo jam defuncto posthumum suum hæredem. Sed augetur difficultas ex eo, quia ad suitatem requiritur tanquam fundamentalis lapis patria potestas, ùt pluribus fundavi suprà num. 2. 82

Sed

Sed quando ille Posthumus natus fuit, jam Pater non poterat suprà illum habere patriam potestatem; quia Pater jam erat mortuus, & morte Patris, vel filii dissolvitur patria potestas *prin. tit. Inst. Quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur. L.* 22. *vers. Brasidas ff. ad S. C. Trebellianum L.* 15. *ff. quando dies legati, vel fideicommissi cedat. L.* 195. *§.* 2. *ff. de V. S. L.* 5. *ff. de his, qui sunt sui, vel alieni Juris.* Indirectè *L.* 1. §. 1. *ff. de rer. divisione, L. denique* 19. *ff. ex quibus causis majores. L.* 2. *ff. de vulgari. L.* 2. *ff. de testamentaria tutela.* Donellus *Lib.* 2. *cap.* 26., & ibi Osualdus. Antonius Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 1. D. Joannes del Castillo *Controv. Lib.* 1. *de usufruct. cap.* 3. *n.* 43. Nec quando Pater vivebat, Posthumus poterat esse in Patris potestate, expressus textus in *L. fin. ff. de collatione bonorum*: Ergò Posthumus ille in *d. Leg.* 30. *§.* 1. *ff. de acq. hæreditate*, non potest nasci suus hæres Patri. Respondetur tamen supponendo, quòd quamvìs verum sit, quòd in sententia Paripatheticorum, Theologorum, Medicorum, & Canonistarum partus seu fœtus animatus, dum in utero est, sit animal & homo. *cap.* 7. 8. 9. 32. *q.* 1. *cap. si ad Matris* 114. *de consecratione dist.* 4. *cap. sicut* 20. *de homicidio cap.* 21. *Exodi.* Tertullianus *de anima cap.* 37. ubi Pamelius *annotat.* 437. Lactantius *de Opificio DEI cap.* 17. Hypocrates *de pueri natura.* Galenus *in proprio libro*, an quod in utero gestatur animal sit? *cap.* 2. Carranza *de partu cap.* 2. *n.* 2. *& seq.* Petrus Gregorius *Lib.* 7. *Sintag. cap.* 1. *n.* 1. Valentia *illust.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 2. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 3. *cap.* 1. §. 2. *n.* 4. taliter, quòd ille, qui occiderit fœtum animatum, vel per poculum abortivum, vel quôlibet aliô modô irregularis sit, *cap.* 21. *Exodi cap.* 8. *&* 9. 32. *q.* 2. *cap. Consultus* 2. *q.* 5. *cap.* 20. *cap. significasti de homicidio*, ultimô suppliciò puniatur *L.* 38. §. *qui abortionis ff. de pœnis.* Covarruvias in Clemen-

mentina *si furiosus* 2. *p.* §. 2 Cenedo *in Collectaneis in decret. collect.* 32. Plaza *in Epitome delictorum Lib* 1. *cap.* 9. *n.* 10. Barbosa *de officio & potest. Episcop. alleg.* 51. *n.* 140. plures referens Farinacius *in praxi criminal. p.* 4. *q.* 122. *par.* 6. Gratianus *discept. forens. cap.* 72. *n.* 17. Villadiego *de irregularitate Lib.* 6. *n.* 32. Solorsano *de parricidio Lib.* 2. *cap.* 12. Sylvester verbô *abortus*, & verbô *homicidium* §. 1. *n.* 2. & 3. Carranza *cap.* 16. §. *unico n.* 13. Sanchez de Matrim. *Lib.* 9. *disp.* 20. aliis Valentia *d. cap.* 1. *n.* 9. ità ut sit excommunicatus excommunicatione reservatâ ad Pontificem, ùt habetur in *Constit.* 8. *Gregorii XIV.* Barbosa *de officio & potest. Episcop. alleg.* 51. *n.* 136. & *alleg.* 110. *n.* 20. Duardus *in Bulla Cœnæ Domini Lib.* 1. *cap.* 3. *q.* 5. *n.* 3. Quaranta *in Summa Bullarii* verbô *abortus. n.* 3. Valentia *d. cap.* 1. *n.* 10. de quibus supràdictis Consule Navarrum *in Summa cap.* 27. *n. n.* 223., & *cap. si quis n.* 2. *de pœnitentia dist.* 1 Henriquez *in Sum. Theolog. Moral. Lib.* 14. *cap.* 13. §. 6. Episcopum. Campanilis *rub.* 11. *cap.* 23. *an.* 20. latè: Tamen in Sententia Stoicorum, quos fuerunt sequuti Romani Juris-Consulti, ùt solebant, fœtus seu partus animatus, dum in utero erat, nec hominem, nec animal esse existimarunt, sed tantùm pars, vel portio viscerum Matris, & spes hominis, vel animantis *L.* 1. §. *ex hoc rescripto ff. de ventre inspiciendo L.* 8. *ff. ad Leg. Corneliam de Siccariis. L. Cicero* 39. *ff. de pœnis. L.* 2. *ff de mortuo inferendo L.* 9. *ad Leg. Falcidiam* §. *ea quoque* [illegible] *Inst. de Legat.* Seneca partum maternorum v[illegible]m latens onus appellat, Plutarcus *Lib.* 5. *de placitis Philosophor. cap.* 15. Merillius *observat. cap* 16. Gothofredus *in L.* 9. *ff. ad Leg. Falcidiam.* Tiraquellus *in Leg. si iniquam* verbò: *susceperit n* 149. P. Gregorius *Lib.* 7. *Sintag. cap.* 1. *n.* 10. Connanus 3 *obser. cap.* 15. Hotomanus 7. *obs. cap.* 18. Carranza *cap.* 2. *n.* 10. Donellns *Lib.* 5. *cap.*

25. & ibi Osualdus. Pinellus 2. *Select. cap.* Amaya 3. *obs. cap.* 1. §. 2. *n.* 4. Valentia *illustr.* 3. *tract.* 4 *cap.* 1. *num.* 3.

83 Sed tamen quamvis Consulti Posthumum, seu fœtum animatum neque hominem, neque animal consideràssent; tamen introduxerunt multa in favorem Posthumi, & illud præcipuè, quòd quoties agimus de favore Posthumi, Posthumus jam concipitur natus, antequàm sit natus, & retrofingitur natus à die nativitatis. *L.* 7. *Leg.* 26. *ff. de statu hominum L.* 153. *ff. de V. S.* Amaya *Lib.* 3. *obs. cap.* 1. *§.* 2. *n.* 25. *L.* 187. *de reg. Juris. L.* 20. *ff. ad SC. Trebellianum. L.* 18. *ff. quando dies legati cedat.* Cujacius *Lib.* 13. *qq. Papin. ad L.* 9. *ff. ad Leg. Falcidiam.* Carranza *de partu cap.* 2. *n.* 15. D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 5. *§. cùm autem Inst. de tutelis* §. *Posthumi* 1. *Inst. de exhæredat. liberor.* Antonius Faber *in pap. tit.* 13. *prin.* 1. *illat.* 36. & latè *tit.* 4. *prin.* 3. *illat.* 1. *&* 2., ex quo principio solvitur supràponderata ratio dubitandi, dicendo, quòd cùm Posthumus in favorabilibus habeatur pro nato, & suitas qualitas favorabilis filio sit, quoad suitatem retrofingimus Posthumum in *d. L.* 30. §. 1. *ff. de acq. hæredit.* natum die conceptionis, quando vivebat Pater; & cùm si eâ die esset natus, jam fuisset in patria potestate Patris viventis: hac de causa rectè in *d. L.* 30. *§.* 1. *ff. de acq. hæreditate* potest nasci Posthumus suus hæres Patri defuncto: Et etiam verè & realiter Posthumus nondum natus erat in potestate Patris viventis; quin obstat supràcitata Lex *fin. ff. de collatione bonor.* quia dicta Lex intelligitur, quòd actu Posthnmus non est in Patris potestate, cùm, dum in utero est, neque actu homo sit, neque animal; attamen Posthumus in potentia est in Patris potestate, quia est spes hominis, seu animalis, & nasci speratur, & hôc modô dictam *Legem fin. ff. de col-*

collatione bonor. & Leg. fin. §. 1. *ff. de assignand. libertis* interpretatur. Valentia *illust.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 3. Secundò respondetur, quia non potest negari ex doctrina Antonii Fabri *in pap. tit.* 12. *prin.* 2. Quòd licèt morte Patris dissolvatur patria potestas *prin. tit. Inst. Quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur*, tamen mortuò Patre remanent reliquiæ patriæ potestatis & vestigia quoad aliquos effectus Juris, utpotè quoad Jus dandi tutorem, pupillaris substitutionis, & suitatis, quæ vestigia remanentia patriæ potestatis faciunt in *d. L.* 30. §. 1. Quòd Mulier paritura sit Posthumum Patri defuncto suum hæredem: conducunt, quæ tradit Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. *num.* 14.

Sed circa solutionem suprà positam, & retrofictionem nativitatis Posthumi ad diem conceptionis, non possum omittere fortissimam rationem dubitandi contra omnes fictiones, seu retrofictiones à Jure Civili introductas, quæ est hæc: Certum est principium in nostro Jure, quòd fictio debet imitari naturam, §. *minorem natu L.* 15. *§. ultim. Leg.* 16. *L.* 40. §. 1. *de adoptionibus L.* 23. *ff. de Liberis & Posthum.* Suetonius *in Cæsarem, L.* 34. *ff. de adoptionibus.* Cajus *in tit. de adoptionibus in prin.* Antonius Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 3. Donellus *Lib.* 2. *cap.* 22., & ibi Osualdus *Lit. C.* Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *num.* 2. Qua de causa dicitur, quòd idem operatur fictio in casu ficto, ac veritas in casu vero. *L.* 1. *in prin. ff. de adoptionibus L.* 14. *§. sed etsi Jus L.* 44. *ff. de excusationibus tutor. Leg. pen. & ultim. ff. de Jure aureorum annulor. L. unic. Cod. de rei uxoriæ actione.* Everardus *in topicis loco* 123. *n.* 4. Mantica *de Conject. Lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 41. Pichardus in *prin. tit. Inst. Quibus modis testamenta infirmentur n.* 5. Hieronymus Gonzales *ad regul.* 8. *Cancellariæ Glos.* 51. *n.* 28. D. Josephus Vela *dissert.* 6. *n.* 10.; Sed secundùm naturem Post-

humus non erat natus die conceptionis: Ergò non potest fingi natus à die conceptionis. Secundò, quia fictio est quid falsum & mendax: Fictiones enim nihil aliud sunt quàm mendacia & commenta, *L. denique* 19. *ff. ex quibus causis majores.* Faber *in pap. tit.* 4. *prin.* 3. Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 5. Sed Lex abhorret falsitates & mendacia, adeò ut falsitates punire soleat. *L. ultim. ff. de rei vindicatione L.* 1. *& tot. tit. ff. ad Legem Corneliam de falsis. L.* 1. *de pactis. L.* 1. *de constituta pecunia Novell.* 18. *de triente & semisse cap.* 10., & à Jure divino exosæ sunt falsitates *cap.* 20. *Exodi cap.* 5. *Deuterenom.* Petrus Gregorius *Lib.* 39. *Sintag. cap.* 15. Faber *in pap. tit.* 4. *prim.* 3. Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 5. D. Ludovicus Paguera *decis.* 80. *n.* 1. Ergò non potest fingi Posthumum fuisse natum à die conceptionis. Respondetur difficultatibus: primæ, quòd fictio imitatur naturam non actualem, sed possibilem: fictio enim semper debet esse de re possibili, quamvis sit de falso. *L.* 13. *L.* 14. §. *ultim. ff. de interrogationib.* Faber *decad.* 30. *error.* 2. *n.* 16. Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 2. Qua de causa sic fictio definitur: *Juris in re possibili contra veritatem ex justa & necessaria causa utilis constitutio.* Bartolus *in L* 15. *ff de Usucapio. n.* 21. Alciatus *de præsumptionibus in prælud.* 1. *p. n.* 2. Menochius *de præsumptio. Lib.* 1. *cap.* 8. Faber *decad.* 3. *er.* 1. *n.* 9 Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. Sicque in hoc differunt præsumptio, conjectura & fictio: præsumptio est de re probabili, conjectura de re dubia, fictio de re possibili licèt falsa. Valentia *d. cap.* 1. *an.* 3. Undè cùm esset possibile secundùm naturam, quòd Posthumus nasceretur die conceptionis, si fuisset conceptus novem vel decem Mensibus anteà: hac de causa potest Jus retrofingere fuisse natum die conceptionis. Secundæ difficultati respondetur ex Fabro *in pap. tit.* 4. *prin.* 3. Va-

len-

lentia *illuſt.* 1. *tract.* 3. *cap.* 1. *n.* 5. Quod cùm Jus abhorreat fictiones , falſitates , & mendacia , non aliter Jure Civili inducitur fictio , niſi magnâ neceſſitate & utilitate ſuadente , quæ neceſſaria cauſa in Poſthumo militat , præcipuè in caſu legitimæ hæreditatis , nè ventrô plenô aut deferatur proximiori agnato , aut ſucceſſio legitima in ſuſpenſo ſit , & ut ſuus Poſthumus , qui aliàs erat perſona incerta, hæres inſtitui poſſet , doctiſſimè Faber *in pap. d. tit.* 4. *prin.* 3.

Adhuc autem remanet fortiſſimus ſcrupulus , & 85
objectio : Quia ùt ſuprà diximus , fictio debet imitari naturam poſſibilem , ſeu poſſibilitatem naturæ, ſed ex eo , quòd Poſthumus eſſet conceptus tali die v. g. Sancti Joannis erat impoſſibile ſecundùm naturam , quòd eademmet die , quâ conceptus fuit, naſceretur : Ergò non poteſt admitti in Poſthumis hæc retrofictio nativitatis à die conceptionis. Audi hanc ſolutionem , quæ multùm tibi lucis dabit in materia fictionum Juris. Quando dicimus , quòd fictio debet imitari poſſibilitatem naturæ , intelligitur , quòd debet imitari poſſibilitatem naturæ abſolutè & indifferenter ad tale vel tale tempus ; non autem debet imitari poſſibilitatem naturæ ex ſuppoſitione : Verum equidem eſt , quòd ex ſuppoſitione , quòd Poſthumus fuit conceptus tali die , v. g. Sancti Joannis , impoſſibile eſt ſecundùm naturam, quòd eadem die S. Joannis naſcatur ; non tamen eſt impoſſibile ſecundùm naturam abſolutè , quia poſſibile erat ſecundùm naturam, quòd Poſthumus conciperetur novem vel decem menſibus ante diem S. Joannis, & ſic, quòd tali die naſceretur, quæ poſſibilitas ſecundùm naturam abſolutè ſufficit ad validitatem retrofictionis. Hoc , quod ſuprà diximus, omnibus fictionibus commune eſt, præcipuè fictioni Legis Corneliæ , quâ fingitur Civem Romanum

in captivitate defunctum decessisse in Civitate, seu Civem Romanum. §. *si ab hostibus Inst. quibus modis Jus patriæ potestatis solvitur.* §. *fin. Inst. quibus non est permissum facere testamentum.* L. 32. §. *si ambo ff. de donatio. inter.* L. 12. *ff. de testam.* L. 28. *de vulgari.* L. 39. *de militari testamento.* L. 1. §. *Lex falcidia ff. ad Leg. falcidiam.* L. 4. §. 1. *ff. de bonis libertor.* L. 44. §. *fin. ff. de Usucapio.* L. 8. *Cod. de legitim. hæredib.* L. 9. §. *si quis diversum ff. de liber. & posthum.* L. 15. *ff. de injusto rupto, &c. tot. tit. ff. de captivis & postliminio reversis.* L. 1. *Cod. eod.* Bartol. & DD. *ad d. L.* 1. *Cod. de captivis.* Connanus 3. *Com. cap.* 14. Duarenus *ad tit. de Usucapio. cap.* 8. Hotomanus 1. *amicabil. cap.* 27. Forcatulus *dialog.* 76. *& seq.* Angelus Matheacius *de Via Juris Lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 13. Antonius Faber *Lib.* 10. *Con.* 1. *cap.* 9., *& in pap. tit.* 11. *prin.* 7. 8. *&* 9. Cujacius *Lib.* 29. *qq. pap. ad Leg.* 10. *ff. de captivis.* Costa *in cap. si Pater verbo testatore mortuo n.* 15. Rosinus *Lib.* 8. *antiq. cap.* 18. Valentia *illust.* 1. *tract.* 3. *cap.* 8. D. Franciscus de Amaya *Lib.* 2. *obs. cap.* 2. Bartholomæus Chesius *Lib.* 2. *interp. cap.* 43. 44. *&* 45. D. Assin. *in rub. de Usucapio. pro emptore n.* 186. Josephus à Santolaria *interp.* 22. D. Josephus Retes *Lib.* 6. *opusc. cap.* 1. Et tamen impossibile est secundùm naturam, quòd ex suppositione, quòd sit captus in captivitate, sit in Civitate, & sit Civis Romanus; quia tamen possibile erat secundùm naturam absolutè, quòd si non fuisset captus, fuisset in Civitate, & Civis Romanus, sustinetur hæc Legis Corneliæ fictio.

86 Non remanet adhus animus quietus in hac fictione, quâ fingimus Posthumum natum fuisse à die conceptionis, sed adhuc dubitatur; quia certum est in nostro Jure, quòd fictio non potest operari circa ea, quæ sunt facti, sed solùm intrat in his, quæ sunt Juris. *L. in bello* 12. §. *facta ff. de captivis.* L.

n,

is , qui pro emptore 15. *ff. de Usucapio. L. denique* 19. *ff. ex quibus causis majores.* Affin. *in rubr. de Usucapio. a n.* 182. Santolaria *interp.* 22. *n.* 1. Sed Posthumum natum esse die conceptionis , est quid facti : nativitas enim , quid facti est : Ergò Jus Civile non potest retrofingere Posthumum fuisse natum à die conceptionis. Relictâ solutione Hieronymi de Affin , ubi suprà num. 183. dicentis , quòd licèt fictio non possit fingere factum , potest tamen fingere effectus Juris à facto resultantes , ùt eam bene replicat Santolaria *d. interp.* 22. *n.* 2. Respondetur objectioni ex doctrina Santolariæ *d. interp.* 22. *n.* 4. Quòd Lex non potest fingere factum seu effectus facti , ubi factum non intervenit , & ideò in *L. is qui* 15. *ff. de Usucapionibus* , fictio postliminii non potest fingere Usucapionem , quæ est effectus facti , utpotè possessionis, quæ non fuit in captivo *in d. L.* 15. Santolaria *d. n.* 4. 5. *& seq.* Jus autem potest fingere factum, & effectus facti , quando reverà factum intervenit, vel factum naturaliter speratur illud transferendo de uno instanti ad aliud , quod junctim contingit in Posthumi nativitate : Jus enim non fingit factum . utpotè nativitatem Posthumi , quia hæc nativitas jam fuit , vel secundùm ordinem naturæ infallibiliter speratur ; sed fingit Lex circa nativitatem , vel effectus nativitatis transportando factum nativitatis à die ipsius nativitatis ad diem conceptionis : sicque non obstante *d. L.* 12. *§. facta ff. de captivis* potest Jus Civile fingere Posthumum esse natum , antequàm sit natus.

87 Tertia difficultas est , quoniam videtur posse Mulierem habere suum hæredem , ex *L.* 1. § *qui operas ff. ad SC. Tertullianum* , ubi hæc verba leguntur , quærendo Consultus de successione filii in bonis Matris : *Idem erit dicendum , & si hic filius in ejus potestate sit* , quod intelligunt *ejus* , id est *Matris* : Respondeo

deo quòd illud verbum *ejus* non refertur ad antecedens proximum, scilicet ad *Matrem*, sed ad subsequens, utpotè *Patris*, qui locavit operas, ut pugnaret cum bestiis, ità ut sensus textus sit, quòd ex humana interpretatione non solùm filius, qui locavit operas, ut pugnaret cum bestiis, licèt infamis sit, admittitur ad successionem Matris ex Tertulliano; sed etiam filius qui est in potestate ejus, qui tales operas locavit. Quarta difficultas objicitur *ex Lege* 4. *Cod.* de legitimis tutoribus, ubi Mater potest dare tutorem filio suo impuberi; sed ad dandum tutorem patria potestas requiritur, ùt suprà num. 6. Ergò Mater habet filios in sua potestate, & suos hæredes. Respondetur, quòd datio tutoris à Matre facta non valet ipsô Jure, sed indiget confirmatione Prætoris: si enim Mater instituit filium hæredem, & dat ei tutorem, Prætor debet illum confirmare, sicut de Patre dante tutorem filio emancipato dicit Justinian. *in* §. *fin. Inst. de tutelis*, diximusque hac dissert. 4. n. 6. quòd extraneis etiam cum institutione impuberis concedebatur. *L. si Patronus* 4. *ff. de confirm. tutor.* Vide Fabrum *in pap. tit.* 13. *prin.* 1. *illat.* 30. Vinnium *in* §. *fin. Inst. de tutelis n.* 3. Quinta difficultas nascitur ex *L. sed etsi* 55. §. *sed si directo* 1. *ff. de fideicom. libert.* ubi Prætor concedit Matri actionem in rem ad vindicandum filium suum: sed non ratione dominii; cùm Mater non sit domina filiorum, ergò ratione patriæ potestatis. Quæ ratio negata fuit Matri ad condicendum filium surreptum in *L. Mater* 38. *ff. de furtis.* Vinnius *in* §. *interdum* 9. *Inst. de furtis.* Cui difficultati respondetur: quòd in *d. L.* 55. §. 1. *de fideicom. libertat.* Ideò Matri competit actio in rem ad vindicandum filios, quia Matri erat directè data libertas, & anteaquàm manumitteretur, filii fuerunt nati, in quo casu filiis subvenit Prætor in consequenda libertate decernendo Matri actionem in rem

non

non ratione patriæ potestatis, sed aliâ ratione, quia partus ventrem sequitur. *prin. tit. Inst. de ingenuis.* Actio autem furti ad condicendum filios surreptos, cùm competat Patri ratione patriæ potestatis. §. *interdum* 9. *Inst. de oblig. quæ ex delicto nascuntur*, Matri denegatur *d. L. Matri*, 38. *ff. de furtis*. Vide pro solutione Pichard. *in d.* §. 9. *n.* 4. & 14.

Sexta difficultas fit ex difficili Africani respon- 88
so *in L. si Mater* 33. *ff. de vulgari & pupill. subst.* in quo tex. talis fuit casus: Mater aliqua instituit filium impuberem, cùm erit annorum quatuordecim, & ei in pupillaribus tabulis, si hæres filius non erit; Titium substituit: dubitat African. an valeat talis substitutio, & respondet affirmativè. Hæc est decisio Consulti, quam sic pondero: certum est principium in nostro Jure, quòd substitutio pupillaris solùm potest fieri illis filiis, qui sunt sui hæredes, pluribus exornavi suprà n. 12. Sed *in d. L.* 33. Mater substituit pupillariter filio suo, ùt constat ex illis verbis: *in tabulis pupillaribus*, & talis substitutio valet: Ergò Mater habet filios suos hæredes, & sic tenetur illos instituere vel exhæredare. Communis solutio Authorum Cujacii, Goveani, Petri Barbosa *in Comment. ad L.* 2. *ff. de vulg.* Vinnii *in prin. tit. Inst. de pupillari n.* 1. Josephi del Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *sec.* 2. *n.* 12. D. Josephi Retes in adversar. *cap.* 18. *n.* 11. est. quòd *in d. L.* 33. Substitutio illa facta à Matre non fuit pupillaris, sed vulgaris. Nec illa verba: *in tabulis pupillaribus* concludunt dictam substitutionem fuisse pupillarem, quia talis substitutio vulgaris facta à Matre, dicitur in tabulis pupillaribus facta impropriè, & per similitudinem effectus; eò quia illa substitutio facta fuit filio impuberi, & collata in tempus mortis impuberis, utpotè cùm erit annorum quatuordecim, in quo casu solùm fuit institutus hæres, sicque

non sequitur, Matrem posse filiis pupillariter substituere.

89 Plures tamen difficultates ex hac solutione insurgere videntur; & prima est, quia certum est principium in nostro Jure, quòd hæreditas ex certo die dari non potest, neque aliquis potest ex certo die hæres institui, sed detractò die pro pura habetur institutio. *L. hæreditas* 34. *ff. de hæred. inst.* §. *hæres* 9. *Inst. de hæred. Inst.* Cuiac. *Lib.* 11. *quæst. Pauli ad L. quæsitum* 34. *ff. de adoptionib.* Petrus Faber *Lib.* 2. *semest. cap.* 23. *&* 24. Donell. *Lib.* 6. *com. cap.* 18. *Lit. B.* & ibi Osualdus. Dauth. *de testam. n.* 290. Ant. Faber *de error. decad.* 27. *error.* 1. Connan. *Lib.* 10. *Com. cap.* 6. *n.* 1. Everard. *cent.* 3. *assert.* 30. *&* 31. Fachineus *Lib.* 4. *controv cap.* 17. Valent. *illust.* 3. *tract.* 1. *cap.* 1. *n.* 27. Retes *Lib.* 5. *Opusc. cap.* 4. *n.* 3. Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *sect.* 2. *n* 12. Sed *in d. L.* 33. Mater instituit hæredem filium ex die certo, utpotè ex die, quò quatuordecim annos impleverit: Ergò talis institutio debet esse pura, & dies adjectus debet detrahi, & sic talis substitutio non potest dici pupillaris per similitudinem effectûs, cùm non habeat effectum in die pubertatis illius filii. Respondetur difficultati, quòd quamvìs verum sit, quòd dies certus non apponitur institutioni hæredis, quia non potest retrotrahi. Donel. *d. cap.* 18. *Lit. B.* Tamen dies incertus potest institutioni apponi, cùm dies incertus conditionem faciat. *L. dies* 75. *ff. de cond. & demonstr.* Undè cùm ille dies nostræ Legis 33. *cùm erit quatuordecim annorum*, licèt sit certus quoad *quando*, tamen sit incertus quoad *an* (ad differentiam diei mortis, qui quoad *an* certus est, & non facit conditionem, si adjiciatur hæredi *L.* 4. §. 1. *L. hæres meus* 79. *ff. de cond. & demonstr.* Vinn. *in d.* §. 9. *n.* 4.) ideò illa dies, *cùm erit quatuordecim annorum* facit conditionem, & pro non adjecta

non

non habetur. Retes *d. cap.* 18. *n.* 11. Josephus Martinez del Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *ses.* 2. *n.* 12. *&* 13. Sed gravior est hæc secunda difficultas, 90
quam ponderavit doctissimus D. Josephus Retes in adversariis *d. cap.* 18. *n.* 11., quæ talis est: Quia ùt suprà diximus filius *in d. L.* 33. de vulgari fuit institutus sub conditione, seu die incerto conditionem faciente, ùt ex Cujacio, & Goveano tenet Retes d. n. 11. sed filius institutus sub conditione causali interim censetur præteritus *L. Lucius Titius* 83. *ff. de cond. & demonstr.* ùt ex Accursio & Jasone docet Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 8. Ergò filius in *d. L.* pendente conditione fuit præteritus: sed non habet querelam inofficiosi testamenti, nec de hoc ullum verbum tangit *d. L.* 33. Ergò filii præteriti à Matre non habent querelam inofficiosi testamenti, quod est contra Justin. in nostro §. *Mater fin. Instit. de exhared. liberor. & in prin. tit. Inst. de inofficioso testament.* Respondet Retes d. n. 11. quòd querela inofficiosi testamenti solùm competit filiis exhæredatis vel præteritis, non autem institutis: & cùm in d. L. 33. filius jam fuerit institutus à Matre, ideò non habet querelam inofficiosi testamenti; sed adhuc solutio non dissolvit totam difficultatem, quia certum est in nostro Jure, quòd filius malè institutus, & quasi præteritus potest repudiare hæreditatem, & eam transmittere ad substitutum, contra quem intentabit querelam inofficiosi, ùt hoc consilium filio non bene instituto dat Consultus in celebrata. *L. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inofficioso testamento*, ùt latè Santolaria *interp.* 4. §. 2. Ergò *in d. L.* 33. *ff. de vulgari*, filius noster potuit repudiare hæreditatem, transmittere ad substitutum, & intentare querelam inofficiosi testamenti. Doctissimè difficultatem dissolvit D. Josephus Retes in d. n. 11. dicendo: quòd conditionalis institutio, dum pendet conditio, non

poteſt adiri, nec repudiari. *L. is qui* 13. *ff. de acq. hæred.* Undè cùm in d. L. 33. filius fuerit inſtitutus ſub conditione, non potuit pendente conditione hæreditatem repudiare, & transmittere ad ſubſtitutum, & ſic ex defectu perſonæ contradictoris, contra quam poſſit intentare querelam, denegatur filio in d. L. 33. querela inofficioſi teſtamenti: quod ſecùs eſt in *L. Papinianus* 8. *§. quarta* 9. *ff. de inofficioſo*, ubi cùm filius fuerit inſtitutus purè, & non ſub conditione, licèt malè inſtitutus, poteſt omittere hæreditatem, transmittere ab ſubſtitutum, & contra eum intentare querelam inofficioſi teſtamenti.

91 Septima difficultas ſit, quia exhæredatio ſolùm habet locum in ſuis hæredibus, & in extraneis inepta & ſupervacua eſt exhæredatio. *L. non putavit* 8. *§. ſed in extraneo ff. de bonor. poſſeſſio. contra tab. L.* 132. *verſ. in eo autem ff. de V. O.* Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 3. *cap.* 2. *n.* 10. Cùm exhæredatio ſit introducta ad tollentum effectus ſuitatis, & continuationem dominii filii. Valentia *d. n.* 10. exhæredatio enim eſt: *debitæ hæreditatis ademptio.* Minſing. *in rub. Inſt. de exhæredatio. liberor.* Sed filius non eſt ſuus hæres Matri, ſed extraneus. *§. cæteri* 3. *Inſt. de hæred. qualitate & differentia*: Ergò in filiis in ordine ad Matrem non poteſt dari exhæredatio, ſicque præteritio filii non habetur pro exhæredatione in teſtamento Matris. Diſſolvitur hæc ratio dubitandi cum Donel., enucleante Oſualdo *Lib.* 6. *Com. cap.* 12. *Lit. A.* dicendo, quòd exhæredatio propriè & rigorosè ſumpta, ſolùm poteſt dari in ſuis hæredibus. *d. L.* 8. *§. ſed in extraneo ff. de bonor. poſſeſſio. contra tab.*; attamen impropriè, & per abuſionem etiam exhæredatio de extraneis dicitur, ſic intelligendus textus in *L. Paterfam.* 44. *ff. de hæredib. inſtituendis*, ubi extranei hæredes fuerunt exhæredati, & in hoc ſenſu abuſivo, & translatitio filii dicuntur à Matre exhæredati.

Octa-

Octava difficultas fit ex difficili textu in Leg. 92
si Mater 11. *seu penult. Cod. de suis & legitimis liberis*, in quo textu dicunt Imperatores, quòd filii succedunt Matri ipsô Jure. Quod sic pondero; quia certum est principium in nostro Jure, quòd soli sui hæredes succedunt ipsô Jure Legis potestate absque necessitate aditionis, *§. sui* 3. *Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 28. pluribus in hac dissert. a n. 15. sed in *d. L.* 11. *Cod. de suis & legitim. liberis*, filii dicuntur Matri succedere ipsô Jure: Ergò filii sunt sui hæredes Matris, tenenturque à Matre necessariò institui vel exhæredari. Satisfacit difficultati doctissimus D. Josephus Vela *dissert.* 11. *an.* 70. dicendo, quòd quando d. L. *si Mater* 11. *Cod. de suis & legitim. liberis* dicitur, quòd filii succedunt Matri ipsô Jure, non intelligitur, quòd filii succedant Matri ipsô Jure, id est vi & potestate Legis absque necessitate aditionis, quamodo sui hæredes dicuntur ipsô Jure succedere Patri §. *sui* 3. *Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, eò quia Mater non potest ex defectu patriæ potestatis habere suos hæredes; sed sensus *d. L. si Mater* 11. est, quòd filii succedunt Matri ipsô Jure, id est Jure Civili ex Senatus-Consulto Orficiano, quòd pars Juris Civilis est. *L. Jus autem* 7. *ff. de Just. & Jure* §. *constat* 3. *Inst. de Jure Naturali, Gent. & Civil.*, ùt in hoc sensu accipiuntur illa verba: *ipsô Jure in L.* 1. *ff. quibus modis Ususfr. amittatur L.* 9. §. *illud ff. Ususfructuarius quemadmodùm caveat L.* 1. *ff. quòd falso tutor. autor. L.* 1. *§.* 1. *ff. de superficiebus §. quo autem* 1. *Inst. de bonor. possessio.*, ùt ex dictis textibus observârunt Corasius *in L.* 3. *n.* 26. *ff. de servitutibus.* Duarenus in *L.* 5. *ff. de in litem jurando.* Rævardus *in Tribonianum n.* 8. Covarruvias *in reg. possess.* 2. *p. §.* 6. *n.* 6., & in terminis nostræ Legis *si Mater* 11. *Cod. de suis & legitim. liber.* Cuja-

cius in paratit. ad d. tit. Spino *in speculo testam. Glos.* 33. *n.* 58.; & ex eis D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 77. *usque ad n.* 79. Quæ dicta sufficiant circa primam partem hujus dissertationis ad intelligentiam *§. emancipatos* 3. *Inst. de exhæredatione liberorum*, quantùm ad successionem testamentariam filii emancipati à Jure Civili riguroso Romanorum.

93 Deveniamus igitur ad secundam nostræ dissertationis partem pro totali interpretatione §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhæredatione liberor.*, in qua agendum est de successione testamentaria filii emancipati in hæreditate Patris à Jure Prætorio. Prætor enim viva vox, & executor Juris Civilis. *L.* 8. *ff. de Just. & Jure.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 4. Qui rigurosas Juris Civilis scrupulositates adjuvando, supplendo, vel corrigendo temperavit. *Leg.* 7. *§. Jus Prætorium ff. de Just. & Jure.* §. *Prætorum quoque edicta Inst. de Jure Naturali, Gent. & Civili.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. videns nimium rigorem Juris Civilis in excludendo filios emancipatos à successione testamentaria, & attendens, seu præ oculis habens æquitatem. *Leg. quod in Ephesi* 24. *ff. quod certo loco.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 5. constituit, quòd filii emancipati Jure Prætoriô necessariò deberent à Patre institui vel exhæredari, ità ut præteriti rescinderent paternum testamentum per bonorum possessionem contra tabulas.

94 Sit igitur in hoc certa conclusio: Filii emancipati Jure Prætoriô à Patre debent necessariò institui vel exhæredari, aliàs præteriti habent prætorium remedium bonorum possessionis contra tabulas ad subvertendum paternum testamentum. Ità habetur *in secunda parte d. §. emancipatos* 3. *Inst. de exhæredatione liberor. L.* 1. *& passim totô tit. ff. de bonor. possessionibus contra tab.*, & præcipuè *L* 6. §. 1. *ff. eodem §. ead.* 12. *Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur §. qua de-*

can-

causa Instit. de successione libertor. §. sunt autem 1. *Inst. de bonor. possessionibus L. unica ff. quis ordo in bonor. possessionib. servetur L.* 1. *in prin. ff. de legatis præstandis L. ut liberis* 17. *Cod. de collationibus. L.* 2. *ff. de his, quibus ùt indignis hæreditas aufertur. L. ità tamen* 27. §. *quoties ff. ad SC. Trebellianum. L.* 2. §. 2. *ff. de bonis libertor. L.* 14. §. *maritus ff. ad Leg. Corneliam de falsis. L.* 1. *ff. de collatione bonorum, & aliis pluribus*, qui passim in Jure inveniuntur. Explicant DD. citati in prima parte dissert. n. 57. Fachineus *Lib.* 13. *cap.* 34. D. Josephus Retes *in adversariis ad tit. de bonor. possessionibus cap.* 1. *& seq.* Jacobus Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *num.* 33.

Ratio decidendi, cur Prætor concessit filiis 95
emancipatis præteritis hoc remedium bonorum possessionis contra tabulas est, quia Prætor semper respicit naturalem æquitatem, & vinculum sanguinis *L. quod Ephesi ff. quod certo loco*, Faber *in cap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 5. Sed filii emancipati ex æquitate naturali, & vinculo sanguinis tam filii sunt sicut filii sui, & retenti in potestate. Ergò Jure Prætorio debent filii emancipati institui vel exhæredari, sicut sui Jure Civili, aliàs præteritis testamentum contratabulantur: & meritò, quia Jus Civile Romanorum politicas rationes attendens, solùm considerabat conservationem, & splendorem familiarum, qui solùm in suis, & non in emancipatis consideratur: Prætor autem solùm præ oculis naturalem æquitatem habebat, & hæc fuit causa, quà licèt emancipati à Jure Civili non cognoscerentur, à Jure tamen Prætorio cognoscebantur. Secunda ratio decidendi, quæ desumitur ex *Leg.* 6. §. 1. *ff. de bonor. possessionibus. L.* 3. §. *si emancipatus* 5. *ff. de bonorum possessio. contra tabulas*, est, quia Prætor rescindit emancipationem seu capitis diminutionem dicti filii emancipati restituendo filium emancipatum in pristinum

num

num ſtatum, & in patriam poteſtatem ac ſi emancipatus non fuiſſet. *d. L.* 6. §. 1. *de bonor. poſſeſſionibus. L.* 3. *ſ. ſi emancipatus* 5. *ff. de bonor. poſſeſſio. contra tab.* Prætor enim cùm non poſſit tollere Jus Civile, nec facere contra Jus Civile §. *quos autem* 1. *Inſt. de bonor. poſſeſſio.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 1. *&* 2. neceſſarium fuit, ut Prætor admitteret filium emancipatum ad ſucceſſionem teſtamentariam, excogitare aliquem prætextum, vel colorem, quô poſſet ſtante Jure Civili filium emancipatum admittere, ſicut in alio caſu fecit celebris Juris-Conſultus Gallus Aquilius *in L. Gallus* 29. *ff. de Liberis & Poſthumis*, & nullus alius color melior viſus fuit Prætori, quàm reſcindere emancipationem, & reſtituere filium emancipatum in priſtinum ſtatum, & patriam poteſtatem; ſed ſi filius emancipatus eſſet in patria poteſtate, vel ſemper fuiſſet in Sacris Paternis, non poſſet impunè præteriri, & Jure Civili habuiſſet remedium dicendi teſtamentum nullum: Ergò etiam Jure Prætoriô filii emancipati non poterunt impunè præteriri, ſed habebunt remedium prætorium ad reſcindendum teſtamentum paternum, nempè bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ſic Vinnius *in* §. *emancipatos de exhæredat. liberor.* Retes *in adverſariis cap.* 3. *n.* 1. Tertia ratio decidendi eſt, quia Prætor non reſpicit civilem agnationem, ſed naturalem cognitionem, quæ Juris naturalis & ſanguinis vinculum eſt. Qua de cauſa Prætor vocabat ad ſucceſſionem cognatos, quamvìs iſti à Lege 12. tab. non vocarentur *prin. tit. Inſtit. de ſucceſſione cognator.* de quo in differt. ſequenti; ſed per emancipationem & capitis diminutionem non tollitur cognatio, licet agnationis civile commentum tollatur §. *ſed agnationis* 3. *Inſt. de legitim. agnator. tutela* §. *quod autem* 6. *Inſt. de capitis diminutionibus*: Ergò filii emancipati Jure Prætoriô debent inſtitui vel exhæredari, aliàs

pe

per contra tabulas rescindunt paternum testamentum. Sic Mynsinger in §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhæredatio. liberor.*

95 Sed contra suprà dictam æquitatem prætoriam bonorum possessionis contra tabulas prima exoritur ratio dubitandi: Quoniam si filius emancipatus præteritus haberet bonorum possessionem contra tabulas ad rescindendum testamentum paternum, sequeretur, quòd in casu, quô daretur unicus filius suus institutus, & filius emancipatus præteritus contrabularet, filius ille suus duplici injuriâ afficeretur: Prima, quòd cum filius suus jam vivente Patre esset dominus bonorum paternorum. *L. in suis* 11. *ff. de Liberis & Posthumis suprà n.* 13. emancipatus, si admitteretur ad contra tabulas, illi filio suo evocaret propriam partem hæreditatis, de qua jam dominium habebat. Secnnda injuria erat, quòd cùm filiusfamilias omnia quæ acquirit Patri suo acquirit, emancipatus autem jam sibi acquirat, suprà n. 10. sequebatur, quòd filius emancipatus bona sua propria habebat, & nihilominus admittebatur ad bona acquisita per filiumfamilias, quæ inveniebantur in hæreditate Patris, sicque filii emancipati Jure Prætoriô erant melioris conditionis quàm filii sui; sed in Jure non est admittenda injuria tertii, nec privilegia sunt concedenda in tertii præjudicium. *L. nec Avus Cod. de emancipatio. L. impuberum Cod. de administratio. tutor. L.* 2. §. *meritò ff. nè quid in loco publico cap. quamvis de rescriptis in* 6. *cap. dudum de privilegiis cap. super eo de officio delegati.* Franciscus Claper *in suis decisio. fiscalibus caus.* 23. *q.* 2. *n.* 2. Cancer *Var. p.* 3. *cap.* 3. *à n.* 102. Fontanella *decis.* 141. *n.* 16. *tom.* 1. *& decisio.* 456. *n.* 2. *tom.* 2. Ergò filii emancipati præteriti non possunt admitti ad bonorum possessionem contra tab. Sic Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 4.

96 Tota solutio hujus rationis dubitandi dependet

ex explicatione cujusdam edicti perpetui Prætoris, qui dicitur de collatione bonorum: conferre enim, ut Æthimologiam hujus nominis *collatio* explicem, varia significat. Primò (relictis aliis significationibus) significat *donare*, & sic ab eo descendit collatio beneficii, quæ ab Episcopis datur præsentatis ad beneficium. Secundò, conferre significat *in medium aliquid trahere* vel *ducere*, & in hoc sensu à verbo conferre derivatur collatio bonorum, de qua *in tit. ff. de collatione bonorum.* Jus collationis bonorum ex Prætoria Jurisdictione originem habuit. *L. 1. ff. de collatione bonorum. L. 9. L. 11. Cod. eodem. ibi perpetuô edictô*, & quoties fit mentio de perpetuo edicto Prætoria Jurisdictio denotatur, ùt observàrunt Brissonius *de Verb. Juris*, verbô: *edictum perpetuum.* Connanus 1. *Com. cap.* 15. Duaren. *Lib.* 1. *disp. cap.* 55. Corrasius 4. *Miscell. cap.* 6. Donellus *in L. edita Cod. de edendo.* P. Gregorius *Lib.* 47. *Sintag. cap.* 30. *n.* 19., aliis Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 1. De quo edicto prætorio collationis egerunt omnes Classici ad tit. ff. & Cod. *de collatio. bonor.* ibi Cujacius, Donellus *in rub. Cod. dicto tit.* Gilchenius *in pralud. n.* 1. *&* 2. Velascus *in praxi partitio. cap.* 12. *n.* 12. Antonius Pichardus *in speciali tract. de collationibus in* §. 2. *Inst. de actio. art.* 1. *& seq.* Latè D. Franciscus de Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. pluribusque citatis noster practicus Petrus Joannes Fontanella *de pact. nupt. clauf.* 4. *Glos.* 1. *n.* 37. Quô edictô prætoriô de collatione bonorum Prætor statuit, quòd quotiescunque filius emancipatus præteritus petebat bonorum possessionem contra tabulas, & particeps fiebat à Prætore bonorum paternorum, deberet omnia bona sua in medium conferre; ut bona illa inter fratres partirentur. *L. 1. ff. de collatione bonorum.* Ratio autem propter quam visum æquum fuit Prætori, quòd emancipatus accipiens bonorum possessionem con-

contra tabulas deberet sua bona conferre, fuit, ut minueretur injuria, quæ fiebat filiis suis admittendo filios emancipatos: vidit enim Prætor, ùt suprà in ratione dubitandi ponderavimus, quòd, si admittebat filium emancipatum per contra tabulas ad hæreditatem Patris simul cum filio suo, duplici injuriâ iste filius suus afficiebatur, primâ, quòd emancipatus evincebat à filio suo illam partem hæreditatis, cujus vivente Patre suus jam erat dominus. Secundâ, quòd filius emancipatus admittebatur ad bona, quæ filius suus acquisivit, quæ Patri fuerunt acquisita, & filius suus non admittebatur ad bona, quæ vivente Patre ipse emancipatus sibi acquisiverat, cùm esset capax acquisitionis; quod considerans Prætor, videns hoc esse contra æquitatem naturalem ad minuendum injurias, quæ fiebant filio suo, edixit, quòd filius emancipatus cogeretur in medium conferre bona, quæ vivente Patre sibi acquisivit, quæ partiebantur cum filio suo: sicque minuta erat illa duplex injuria, quia hôc modô si filius emancipatus evincebat à filio suo partem paternæ hæreditatis, jam dabat filio suo partem bonorum suorum; & si filius emancipatus admittebatur ad bona, quæ filius suus suo Patri acquisivit, & conjuncta erant cum hæreditate paterna, etiam filius suus admittebatur ad bona, quæ sibi emancipatus acquisiverat, & non erant intrà paternam hæreditatem; sic licèt non tam latè D. Franciscus de Amaya cum aliis *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *an.* 2., & desumitur *ex Leg.* 1. *L.* 3. §. *Julianus. L.* 9. *ff. de collatione bonorum. L.* 1. *§. emancipatus* 13. *ff. de conjung. cum emancipato liberis L.* 20. §. *videamus ff. de bonor. possess. contra tabulas.* Quod quidem edictum de collatione bonorum solùm habebat locum inter filios suos, & emancipatos; inter filios autem emancipatos solos locum non habebat, neque inter eos fuit admissa collatio; eò quia

R 2 unus

unus emancipatus alterum emancipatum fupràdictâ duplici injuriâ non afficiebat *L.* 1. *§. fin. L.* 2. *§. si tres. L.* 3. §. *Julianus ff. de collatione bonorum. L. si emancipati* 9. *Cod. eod.* D. Franciscus Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 6. nisi in casu Leg. 1. §. *si filius* 16. *ff. de conjung. cum emancipato liberis.* Ubi nepoti emancipato filius emancipatus confert, eò quia nepos emancipatus succedit in stirpes cum alio nepote suo, ut una & eadem persona; & repræsentando unam personam Patris prædefuncti, sicque ille nepos emancipatus ex persona nepotis sui habet beneficium collationis, quod ex sua propria persona non haberet, latè Amaya *d. cap.* 17. *an.* 9.

97 Explicandum nunc in hac materia collationis oportet, quanta seu quota pars sit illa, quam filius emancipatus tenetur conferre filio suo per hoc edictum collationis, à quo dubio nos liberat Consultus *in L.* 1. §. *si ex dodrante ff. de collatione bonorum*, ubi dicit, quòd tantam partem tenetur emancipatus conferre ex suis bonis, quantam aufert, ità ut si aufert filio suo quadrantem, debet conferre quadrantem, & si nihil aufert, nihil debet conferre, intelligendo hoc de casu, quô filius emancipatus aufert partem à suo majorem, quàm habiturus esset: nam si suus est à Patre institutus minori parte quàm semisse, & acceptâ bonorum possessione contra tabulas ab emancipato & à suo, reductoque testamento ad causam intestati, suus habet dimidiam & majorem partem quàm Pater ei reliquit, frustra petet collationem *d. L.* 1. §. *Pater ff. de collatione bonor.* Sed dices: si filius emancipatus aufert à filio suo mille, & tenetur filio suo mille conferre (loquimur enim de casu, quô ad hoc sufficiunt bona filii emancipati) ad quid utilis erit filio emancipato bonorum possessio? Respondeo quod ad multum; nam cùm per bonorum possessionem contra tab. filius emancipatus de-

cla-

claretur hæres, seu quasi hæres §. 1. *Inst. de bonor. possessionibus*, vindicatur à Prætore de injuria, quam Pater ei fecit eum prætereundo: cum quia titulus hæredis ad multa in Jure utilis est, præcipuè ad Jus accrescendi, si portio cohæredis fuerit vacans, quòd Jus accrescendi non haberet emancipatus, si à Prætore non declararetur bonorum possessor, vel quasi hæres. Obiter nota in hac materia, quòd collatio solùm habet locum, quando ab intestato succedunt fratres *L.* 4. *Leg. si emancipati Cod. de collationib.*; quæ fuit causa, cur in sententia J. C. Scævola in *L. si filius* 10. *ff. de collatione bonor.* filius emancipatus non confert, quia suus adivit hæreditatem, & non petivit bonorum possessionem, sicque remansit adhuc integrum Judicium testatoris, & testamentum sustinetur, & emancipatus non tenebatur conferre: sed in sententia Papiniani, quia reverà emancipatus suo aufert partem hæreditatis, collatio admittitur, pluribus D. Franciscus de Amaya *d. cap.* 17. *an.* 23. Quod edictum de collatione etiam extenditur ad filiam nuptam & dotatam, quæ si vult accipere bonorum possessionem, vel aliquô aliô modô in bonis Patris succedere, tenetur in medium dotem conferre *L.* 1., *& tot. tit. ff. de collatione dotis.*

Secunda difficultas est, quia si filius emancipatus præteritus admitteretur à Prætore ad bonorum possessionem contra tab. sequeretur quædam Prætoris inhumanitas, quòd scilicèt in casu, quô in testamento essent relicta legata à testatore filiis, Parentibus, Uxoribus, & aliis, cum rescisso testamento per contra tab. omnia in testamento scripta rescinderentur, tanquam accessoria *Leg.* 129. §. 1. *Leg.* 178. *ff. de reg. jur. cap. accessorium de reg jur. in* 6. Vinnius *in §.* 5. *Inst. de pupillari substit. n.* 2. In tantùm faveret Prætor filio emancipato à Jure Civili incognito, quod prædictis personis legata ex judi- 98

cio testatoris debita auferret, sed hoc multum iniquum & inhumanum esse nemo non videt, ergò filius emancipatus præteritus non potest contratabulare paternum testamentum.

99 Ratio quidem dubitandi subsisteret, si editum à Prætore non fuisset aliud edictum perpetuum, quod dicebatur *de legatis præstandis.* Considerans enim Prætor sua æquitate valdè inhumanum esse, in tantum favere filio emancipato à Jure Civili incognito, quod rescissô testamentô per contratabulas, legata in testamento relicta à testatore liberis Parentibus, & Uxoribus corruerent, introduxit novum edictum continens naturalem æquitatem, ut utamur verbis Consulti *in L.* 1. *ff. de legatis præstandis*, quo cautum fuit, quòd filius emancipatus rescindens testamentum per contratabulas, deberet præstare legata in testamento relicta certis personis, quasi testamentum paternum non esset rescissum *d. L.* 1 *ff. de præstandis legatis*, & ratio fuit, quia tales personæ conqueri poterant de Prætore, ei culpam tribuentes, cur contra Judicium Testatoris, & Legis dispositionem legata auferendo eis, emancipatos adjuvabat; filius autem suus, qui præteritus accipiebat contra tabulas, non tenebatur præstare legata, cùm aliàs sinè beneficio Prætoris jam haberet Jure suô hæreditatem. Santolaria *interp.* 16. *n.* 1. exceptis casibus adductis à Retes *in adversariis cap.* 10. Exceptæ istæ personæ erant liberi utriusque sexûs usque in infinitum, & Parentes etiam utriusque sexûs in infinitum, Uxor & Nurus dotis nomine *L.* 1. *ff. de legatis præstandis*, in quibus solum Jus cognationis inspicitur, & non agnationis. Retes *in adversariis cap.* 8. *n.* 2. Quanta autem sit portio, quæ reservatur à Prætore istis exceptis personis jam definita fuit ab Ulpiano *in L. virilis* 8 *ff. de legatis præstandis*, quibus virilis assignata fuit, ità ut omnes personæ exceptæ legatariæ ha-

habeant virilem portionem, & emancipatus aliam virilem: si autem sunt duo emancipati petentes bonorum possessionem contra tabulas, quilibet habet tertiam partem, & exceptæ personæ aliam tertiam partem. Retes *in adversariis cap.* 12. *n.* 1. De hoc edicto *de legatis præstandis* latissimè (quia tantum tempus ego non possum consumere) egerunt Classici repetentes *ad L.* 1. *& tit. ff. de legatis præstandis*, Duarenus *ad d. tit.* Josephus à Santolaria *interp.* 16. Unus pro cunctis D. Josephus Retes *in adversariis à cap.* 8. *usque ad cap.* 16. ad quem te remitto.

Tertia ratio dubitandi est, quoniam si filius emancipatus præteritus admitteretur à Prætore ad bonorum possessionem contra tabulas, sequeretur, quòd in casu, quô filio emancipato præterito testator nepotem in sua potestate retentum instituerent, non posset talis nepos venire ùt suus hæres ad hæreditatem sui Avi, eò quia cùm Prætor vocet filios emancipatos ad contratabulas, rescindendo eorum emancipationem, & reponendo illos in pristinum statum patriæ potestatis, ùt suprà diximus, nepotem præcedit filius emancipatus, & sic illum à successione excluderet: Undè illa æquitas Prætoris de danda bonorum possessione contra tabulas filiis emancipatis in notoriam iniquitatem deflectebatur, cùm faveret filio emancipato extraneo, & à Jure Civili incognito, & nepotem suum hæredem primum gradum in familia obtinentem excluderet, quod nullatenus est admittendum: Ergò filii emancipati non possunt admitti à Prætore ad bonorum possessionem contra tabulas. 100

Solvamus suprà ponderatam difficultatem explicando aliud edictum perpetuum *de conjungendis cum emancipato liberis*, de quo in *tit. ff. de conjungendis cum emancipato liberis.* Videns enim Prætor, quòd sua suprà dicta æquitas de danda bonorum possessione 101

ne contra tabulas filiis emancipatis in iniquitatem convertebatur in casu, quô aliquis nepos non præcessus erat in testatoris potestate, introduxit hoc edictum de conjungendis cum emancipato liberis. Circà quod triplex Jus consideravit D. Melchior de Valentia *illustr.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 16. Primum fuit vetus edictum Prætoris *de danda bonorum possessione*, sivè *præteritis*, sivè *institutis* in casu, quô alius filius præteritus dabatur *L.* 1. *in prin. &* §. *si quis ex liberis L.* 3. *§.* 1. *L.* 10. §. *ult. ff. de contra tabulas.* Secundum Jus fuit ex novo edicto, seu nova clausula Salvii Juliani (Salvius Julianus sapientissimus ille Juris-Consultus, qui composuit Volumen *de edictis perpetuis Prætoris*, novas clausulas addendo, de quo dixi dissert. 1. n. 210.) qui videns illam iniquitatem Prætoris in casu, quô daretur filius emancipatus, & nepos non præcessus, & illam ambiguitatem, quòd vel nepos ùt suus debebat excludere filium emancipatum Jure Civili, vel emancipatus rescissâ emancipatione, debebat excludere nepotem non præcessum Jure Prætoriô, novum caput, seu clausulam veteri edicto adjecit, quô constituit, quòd nepotes, sivè instituti sint, sivè præteriti Patri suo sivè instituto, sivè præterito jungantur, & in æqualem partem hæreditatis succedant. *L.* 1. *L.* 3. *Leg. ult. & tot. tit. ff. de conjung. cum emancipato liberis. L.* 1. *§. si Pater ff. de ventre in possessionem mittendo. L.* 5. *ff. undè liberi. L.* 1. §. *qui habebat. L.* 6. *ff. de contratabulas.* De quo edicto præter Classicos ad d. tit. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *an.* 16. D. Josephus Retes *in adversariis cap.* 10. *an.* 3. Chesius *Lib.* 1. *interpr. cap.* 8. *n.* 19. Tertium denique Jus fuit Imperatoris Antonini, per quod nepos ille, qui fuit conceptus post emancipationem Patris, qui non vocabatur ad hæreditatem Avi, neque ex veteri edicto Prætoris, neque ex nova clausula Salvii

Juliani cùm Jure Civili non haberet Jus in avita hæreditate, jungebatur Patri suo emancipato ad virilem portionem hæreditatis. *L.* 4. *ff. de conjungen. cum emancipato liberis. L.* 5. *ff. de collatione bonorum.* Valentia *d. cap.* 3. *n.* 16. Retes *in adversariis cap.* 14. *toto.* Cujacius *Lib.* 3. *obs. cap.* 37., quô edictô Prætoris explicatô nihil facit suprà dicta ratio dubitandi.

Ex hac bonorum possessione contra tab. à Prætore concessa duo alia edicta perpetua Prætoris enata fuerunt: Primum fuit edictum *de ventre in possessionem mittendo*: Prætor enim eandem curam habens de filiis posthumis, seu nondum natis propter spem nascendi, quàm de filiis jam natis, quotiescunque dabatur aliqua Mulier prægnans mortuô Maritô, & Posthumus erat institutus, sivè præteritus, & non exhæredatus, cùm non posset dare contra tabulas illi Posthumo ad rescindendum testamentum, quia poterat esse, quòd Posthumus non nasceretur, ventrem illum plenum mittebat in possessionem bonorum. *L.* 1. *cum suis* §§. *ff. de ventre in possessionem mittendo*, & ratio fuit maximâ æquitate fundata, ut venter haberet alimenta, & Posthumus & Mater fame non perirent: qua de causa Prætor ventri Curatorem dabat, qui Matri prægnanti præstabat alimenta, licèt illa Mater haberet dotem, eò quia illa alimenta non præstantur Matri ratione sui, sed ratione illius, qui in utero est, ùt sic bene Consultus in Leg. *Curator* 5. *ff. de ventre in possessionem mittendo.* De quo edicto *de ventre in possessionem mittendo* vide Classicos ad dictum *tit. ff. de ventre in possessionem mittendo.* 102

Aliud Edictum perpetuum fuit *Edictum Carbonianum*, quod regulatur sicuti bonorum possessio contra tabulas, ità ut regula sit, quod cui competit contra tabulas conceditur Carbonianum Edictum, & cui illla denegatur, etiam istud *Leg.* 1. §. *& generali-* 103

raliter ff. de Carboniano Edicto L. 1. §. 8. *L.* 2. *ff. eod. tit.* Hoc Edictum Carbonianum in hoc consiltebat, quòd quotiescunque aliquis filius impubes remanebat mortuô Patre, & controversia illi movebatur, an esset filius illius Patris, nec nè? Tunc Prætor ex decreto, quod denotant illa verba: *Causa cognita* posita à Consulto *in L.* 1. *ff. de Carboniano Edicto decretalem Carbonianam bonorum possessionem* dabat illi filio, ut interim aleretur, acsi nulla Controversia mota fuisset, & talis Controversia differebatur, usque ad tempus pubertatis illius filii, ità *in L.* 1. & ferè *tot. tit. ff. de Carboniano Edicto*, de qua bonorum possessione carboniana sic dicta, quia introducta fuit à Prætore Carbone agunt Classici *ad d. tit. ff. de Carboniano Edicto.* Arnoldus Vinnius *in* §. 3. *Inst. de bonor. possessio.* Retes *in adversariis cap.* 19. *an.* 3. Quæ bonorum possessio carboniana generalis est; ità ut filio, cui movetur Controversia, si præteritus est, datur bonorum possessio contra tabulas; si institutus, secundùm tabulas: ab intestato, undè liberi *L.* 3. *ff. de Carboniano Edicto*, Vinnius ubi suprà n. 1. Effectus carbonianæ bonorum possessionis erat, quòd filius, dum impubes est, & Controversia status movetur, alatur de bonis hæreditariis, ùt maximè æquum erat in dicto filio impubere, qui non poterat se alere, nec status Controversia dirimebatur; eò quia filius impubes non bene poterat se in judicio defendere, & meliùs erat in causa tam ardua filiationis quòd ipsemet filius se defenderet, quàm quòd à tutore defenderetur. *L.* 20. *vers. interim ff. de inofficioso.* Retes *d. cap.* 19. *n.* 5. Obiter nota, quòd filii exhæredati, si illis filiationis Controversia moveatur, sicut non possunt habere contratabulas. *L. non putavit* 8. *ff. de contratab.*, ità neque Carbonianam habere possunt. *L.* 1. §. 8. *L.* 2. *ff. de Carboniano Edicto.* Retes *d. cap.* 19. *n.* 4. nisi in casu, quô filius

lius fuerit cum elogio exhæredatus, v. g. ità, *filius ille ex adulterio susceptus exhares sit*, ùt sentiunt Cujacius *tract.* 4. *ad Aphrican. ad L.* 14. *§. ultim. ff. de liber. & posthum.* Connan. *Lib.* 10. *Com. cap.* 2. *a n.* 3. Duarenus *ad tit. ff. de lib. & posthum. cap.* 3. Fornerius 2. *select. cap.* 6. Retes *d. cap.* 19. *n.* 4. Nec obstat text. *in Leg. qui de inofficioso.* 20. *ff. de inofficioso.* Ubi Scævola filio impuberi exhæredato Carbonianam negat; eò, quia *in d. L.* 20. filius ille impubes non fuit exhæredatus cum elogio, nam de hoc textus nihil dicit, & bene advertit Retes *d. cap.* 19. *num.* 5.

Sed quartò dubitare facit textus *in L. ex duobus* 34. §. *etiamsi fin. ff. de vulgari & pupillari substitutione*, in quo textu iste naratur casus: quidam Pater filium emancipatum præteriverat, impuberem filium hæredem instituerat, eique pupillariter substituerat, mortuô Patre filius emancipatus intentavit favore Prætoris bonorum possessionem contra tabulas, dubitatum fuit apud Consultum, an valeret substitutio pupillaris? & respondet Consultus, quòd valet pupillaris substitutio illa, & legata à substituto relicta sunt præstanda. Hæc est decisio Consulti, quam sic pondero: certum est, quòd quando non valet testamentum paternum, neque valet, nec sustinetur substitutio pupillaris illius accessorium. §. *liberis* 5. *Inst. de pupillari*, & si Patris testamentum rumpitur, etiam rumpitur substitutio pupillaris. *L.* 2. *ff. de vulgari & pupillari*, ad differentiam nostri Juris Catt., in quo licèt Patris testamentum sit nullum, pupillaris substitutio sustinetur. Xammar. *rerum judicatarum*, *difinit.* 120.; sed in *d. L.* 34. *§. fin. ff. de vulgari* petita à filio emancipato præterito bonorum possessione contra tabulas valet substitutio pupillaris: ergò etiam debet valere paternum testamentum, sicque testamentum Patris non potest rescindi à filio

emancipato prætcrito per contra tabulas. Evifceratur magìs vis rationis hujus dubitandi : quia ficut bonorum poſſeſſio contra tabulas eſt remedium reſciſſorium teſtamenti, ſic querela inofficioſi teſtamenti eſt remedium reſciſſorium teſtamenti. DD. *in rub. tit. Inſtit. de inofficioſo teſtam.* Sed intentatô remediô querelæ inofficioſi contra teſtamentum Patris reſcinditur ſubſtitutio pupillaris *L.* 8. *§. ſed nec* 5. *ff. de inofficioſo teſtam.* Ergò ſimiliter intentatô remediô bonorum poſſeſſionis contra tabulas adversùs teſtamentum paternum reſcindetur ſubſtitutio pupillaris. Reſpondetur difficultati, quòd licèt filius emancipatus præteritus intentet contra tabulas, & reſcindat Prætor Patris teſtamentum, non per hoc corruit ſubſtitutio pupillaris (quamvìs verum ſit, quòd ſi ipſe emancipatus ſit ſubſtitutus pupillo, & petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia non approbavit judicium defuncti, indignus cenſetur commodo pupillaris ſubſtitutionis, & ab eo repellitur. *L. is qui* 22. *ff. de vulgari. L.* 2. *ff. de his, quibus ùt indignis*) & ratio eſt, quia Prætor, quando dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſolùm reſcindit formam exteriorem teſtamenti, utpotè tabulas ſignatas, & linô trajectas, ſicque bonorum poſſeſſio contra tabulas dicitur contra lignum à Triphonio *in Leg. quod vulgò* 13. *ff. de contra tabulas.* Retes *in adverſariis cap.* 1. *toto.* Non autem reſcindit teſtamentum quoad formam intrinſecam illius, ſeu inſtitutionem, quæ ritè & rectè Jure Civili facta eſt; taliter, quòd Prætor ſi invenit teſtamentum paternum ſeptem teſtibus ſignatum, dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas hæredibus ſcriptis, ſi emancipati præteriti non petunt bonorum poſſeſſionem contra tabulas: undè, cùm in caſu, quô teſtamentum paternum per contra tabulas reſcinditur, adhuc valeat tale teſtamentum quoad formam intrin-

ſe-

secam, & interiorem institutionis, hoc sufficit, ut in *d. L.* 34. *§. fin. de vulgari*, sustineatur substitutio pupillaris: tum & etiam additur, quòd Prætor, quando dat sua remedia, semper curam habet, nè detrahat Juri Civili, & nè alteri noceat: undè in casu, quô filio emancipato præterito dat remedium bonorum possessionis contra tabulas, nè Prætor pupillo noceret, Jurique Civili detraheret, noluit extendere contra tabulas ad substitutionem pupillarem, nè dum aliis favebat, pupillo, cujus causa favorabilis est, noceret. Vinnius *in §. liberis* 5. *Inst. de pupillari n.* 3. Quæ omnia diversa sunt in querela inofficiosi, & aliis remediis rescissoriis Civilibus, quæ destruunt testamentum quoad formam intrinsecam, & sic etiam substitutionem pupillarem; præcipuè querela inofficiosi, quæ cùm intentatur eô colore, quasi Pater non sanæ mentis fuerit *prin. tit. Instit. de inofficioso Leg.* 1. *ff eod.* Sicut testamentum factum à furioso est nullum; ità etiam substitutio pupillaris facta à Patre furioso erit nulla; secùs autem in bonorum possessione contra tabulas, quæ non intentatur hôc colore furoris; sicque non rescinditur substitutio pupillaris. Pro his omnibus vide Josephum Martinez dell Villar *de pupillari cap.* 4. *§.* 1.

Quinta difficultas poterit insurgere ex eo, quod Prætor non potest facere, neque tollere hæredem. §. *quos autem* 1. *Inst. de bonor. possessionib. L.* 30. §. *sed etsi sum ff. de fideicommissar. libertat.* Cujacius *Lib* 3. *obs. cap.* 21. Goveanus *ad Leg. in substitutione* 31. *ff. de vulgari.* Claudius Chiffletius *de quarta legitima cap.* 4. Antonius Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 2. D. Melchior de Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 15. Santolaria *interp.* 4. §. 1. *n.* 7. Sed per bonorum possessionem contra tabulas ille, qui fuit hæres in testamento, desinit esse hæres, cùm bonorum possessio intentetur aliquoties aditâ hæredita- 104

te. *L.* 4. *in prin. ff. de bono. possessionibus contra tabulas.* Ergò filio emancipato prӕterito Prӕtor non potest dare bonorum possessionem contra tabulas. Respondetur rationi dubitandi, quòd licèt verum sit, quòd bonor. possessio contra tabulas competat filiis prӕteritis sivè adita sit hӕreditas, sivè non sit adita *d. L.* 4. *ff. de bonorum possessionibus contra tabulas.* Tenet Mynsing. *in §. qua de causa* 1. *Inst. de successio. libertorum n.* 5. Tamen in casu, quô filius emancipatus prӕteritus intentat bonorum possessionem contra tabulas, aditâ jam ab hӕrede instituto hӕreditate, ille hӕres institutus à Patre, qui jam adivit hӕreditatem, Jure Civili adhuc hӕres manet quoad nudum nomen hӕredis; sed solùm à Prӕtore non cognoscitur ùt hӕres, nec Prӕtor ei, nec contra eum concedit actiones, sicuti dicitur de hӕrede fiduciario restitutâ hӕreditate. §. *restituta* 2. *Inst. de fideicommissar. hareditatibus*, & de suo hӕrede abstento. Sed adversùs conclusionem ipsam urgere quoque videtur *tex. in Leg. fin. ff. si à Parente quis fuerit manumis-*
105 *sus*, ubi dicit Consultus, quòd per emancipationem solvitur vinculum pietatis, quod habet filius ergà Patrem; sed hoc vinculum pietatis est quid naturale, & Juris naturalis: Ergò per emancipationem dissolvuntur omnia Jura naturalia, quӕ habet filius ergà Patrem, & sic Prӕtor non potest fundare suam bonorum possessionem contra tabulas in ӕquitate naturali, & naturali cognatione, pietateque filii naturalis, cùm hӕc sit dissoluta per emancipationem. Respondent huic difficultati Antonius Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 3., & ex eo D. Hieronymus de Oros *de apicibus Juris Civilis Lib.* 5. *cap. fin. n.* 11. Quod vinculum pietatis dissolvitur per emancipationem quoad Jus Civile, quia cùm hoc vinculum pietatis fundetur in qualitate, & nomine filii, & quoad Jus Civile filius per emancipationem desinat esse filius,

lius, etiam inspectô Jure Civili per emancipationem quodammodo dissolvitur vinculum pietatis, in quo sensu loquitur Consultus *in d. L. fin. si à Parente quis fuerit manumissus*: attamen cùm post emancipationem filius quoad Jus Naturale remaneat filius, etiam quoad Jus Naturale remanet vinculum pietatis, in quo fundat Prætor suam bonorum possessionem contra tabulas. Aliam solutionem & intelligentiam hujus Legis *fin. ff. si à Parente quis fuerit manumissus* adduxi suprà n. 65.

105 Major autem superest difficultas propter textum in *L. cùm ex filio ff. de vulgari & pupillari substitutione*, in quo talis fuit casus: Titius quidam Civis Romanus Paterfamilias habebat ex filio præmortuo duos nepotes impuberes, alterum in sua potestate, & alterum non in potestate, sed emancipatum, qui Titius cupiens suum ultimum voluntatis elogium ordinare, volebat utrumque nepotem æquis partibus instituere, & eos, si intrà impubertatem decesserint, ad invicem pupillariter substituere, quod in puncto Juris non poterat facere, eò, quia solùm unum nepotem habebat in potestate, & alterum non; quô dubiô motus petivit votum & consilium à quatuor celeberrimis Juris-Consultis illius sæculi, Labeone, Offilio, Cassellio, & Trebatio, qui ei consuluerunt, quòd solùm institueret hæredem illum nepotem, quem in sua potestate habebat, & ab eo nepote instituto alteri nepoti emancipato dimidiam partem hæreditatis legàret, in casu, quô nepos emancipatus pubes factus fuerit, & quòd si filius impubes in potestate retentus in pupillari ætate decederet, nepotem emancipatum ei pupillariter substitueret. Quod sic fecit testator satisfactus in suo desiderio; quia si nepos emancipatus decedebat intrà pupillares annos; nepos suus non tenebatur solvere legatum, & habebat totam hæreditatem; & si

si nepos suus non perveniebat ad annos discretionis, nepos emancipatus ex vi substitutionis totam hæreditatem capiebat: si autem ambo nepotes puberes fuerant facti, quilibet habebat dimidiam & æqualem partem hæreditatis: bene hâc cautela dicti Juris-Consulti consuluerunt Avo testatori quoad difficultatem substitutionis pupillaris, quæ non potest fieri emancipato. *L. 2. in prin. ff. de vulgari*, dixi suprà num. 12. Sed tamen quoad casum, de quo disputamus in majorem scillam inciderunt Consulti; quia *in d. L. 39. ff. de vulgari*, secundùm votum & cautelam illorum quatuor Juris-Consultorum nepos ille emancipatus fuit præteritus (quia quamvis illi fuerit relictum legatum dimidiæ partis hæreditatis, non fuit institutus, neque exhæredatus, & filius, qui non est institutus, neque exhæredatus, licèt amplissima legata ei relicta sint, dicitur præteritus. Pichardus *in prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor. ex n.* 15. Emanuel Acosta *in cap. si Pater* 1. *verbo instituit à princip.* D. Martinus de Larreategui *Lib.* 7. *select. cap.* 1. *in fin. & cap.* 6. Retes *in adversariis cap.* 4. *n.* 1.) Sed filius, seu nepos emancipatus præteritus habet bonorum possessionem contra tabulas. *L.* 3. *ff. de contratab.* §. 3. *Inst. de exhæredat. liberor. L.* 6. *ff. de contra tabulas. L.* 12. *ff. eodem tit.* Ergò ille nepos emancipatus poterat in d. L. 39. petere bonorum possessionem contra tabulas, & auferre dimidiam suam partem, antequàm ad pubertatem pervenisset. *L. si duo* 16. *ff. de legat. præstandis*, quò factô destruitur illa cautela, & consilium Juris-Consultorum: vel si sustinetur dicta cautela & consilium, nepos ille non habebit bonorum possessionem contra, & sic filius emancipatus præteritus non habet à Prætore bonorum possessionem contra tab. Si Avus ille testator *d. L.* 29. *ff. de vulgari* consilium petere potuisset à Duareno, & illum legisset in *tit. ff. de vul-*

vulgari cap. 14. faciliter se ab omni difficultate meliùs quàm suprâdictô votô & consilio Juris-Consultorum liberâsset ; dicit enim Duarenus *d. cap.* 14. quòd ille Avus *d. L.* 39. faciliter potuisset ambobus nepotibus pupillariter substituere , si nepotem illum emancipatum arrogâsset in locum filii *§. & tam 6. Inst. de adoptionibus* , quâ adoptione consecutus fuisset patriam potestatem super illum nepotem emancipatum , & illi pupillariter substituere potuisset; quod consilium Duareni videtur approbare Josephus Martinez del Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *sect.* 2. *n.* 24. Sed liberemus suprâdictos quator celebres Juris-Consultos ab errore , quem eis Duarenus affixit : Non tam 107
facilè , ùt judicat Duarenus *d. cap.* 14. erat , quòd Avus *d. L.* 39. *de vulgari* nepotem in locum filii adoptaret , vel in locum nepotis ob duplicem rationem. Primam , quia adoptio solùm concedebatur illi , qui non habebat suum hæredem , ut suum hæredem habere possit , at noster Avus jam habebat suum hæredem , utpotè unum nepotem. Secundam , quia arrogatio debebat fieri coram populo Kalatis Comitiis tempore illorum Juris-Consultorum , & cum illis solemnitatibus , quas suprà diss. 1. num. explicavi , & quando impubes arrogabatur , debebat fieri causâ cognitâ arrogatio , §. *cùm autem* 3. *Inst. de adoptionibus.* Sicque debebat fieri arrogatio illius nepotis emancipati ab Avo causâ cognitâ : Undè cùm *in d. L.* 39. *ff. de vulgari* Avus esset jam propè mortem , & illa arrogatio non poterat fieri tam faciliter , quia Kalata Comitia bis tantùm in anno convocabantur. Retes *Lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 12. hac de causa 4. illi celebres Juris-Consulti omisso scienter mediô difficili arrogationis , aliud medium suprâdictum faciliùs Avo testatori in d. L. 39. ff. de vulgari dederunt: sicque non putet Duarenus se faciliùs medium quàm Juris-Consultos adinvenisse gloriari.

108 Solvamus nunc difficultatem pro noſtro inſtituto ponderatam, cur ſcilicet nepoti dictæ *Leg.* 39. *ff. de vulgari*, emancipato non competat bonorum poſſeſſio contra tabulas. Communis ſolutio hujus difficultatis, ùt Crotti *in rubrica de legatis* 1. *n.* 12., Joſephi Retes *in adverſariis cap.* 4. *n.* 4. D. Joſephi Martinez del Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *ſec.* 2. *n.* 24. ex Menochio *Lib.* 1. *Conſ.* 11. eſt, quod verbum *lego* ſumitur dupliciter: Primò in generali ſignificatione legandi, quô ſenſu ſignificat quidquid relinquitur in teſtamento, ſivè per inſtitutionem, ſivè per legatum, ſivè per fideicommiſſum, & in hoc ſenſu lex 12. tab. dixit: *utì quiſque legâſſit ſuper pecunia, familiáve ſua, ità Jus eſto. L.* 120. *ff. de V. S. L.* 1. *in prin. ff. de Leg. Falcidia*: legare enim ſic generaliter acceptum ſignificat omnem mentis deliberationem, & voluntatis electionem, quaſi legare idem ſit ac eligere, obſervant Varro *Lib.* 4. *de lingua latina.* Petrus Gregorius *Lib.* 42. *Sintag. cap.* 34. Donellus, & ejus Aſſecla Oſualdus *Lib.* 8. *cap.* 1. Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 7. Retes *Lib.* 1. *Opuſc. cap.* 22. *n.* 28. Villar ibi ſuprà num. 24. Secundò ſumitur verbum *lego* in ſpeciali ſignificatione ſignificans tantùm particularem teſtantis diſpoſitionem, quæ directis & civilibus verbis fit, utpote legatum: ſicque ſumitur verbum *lego in tit. ff. C. & Inſtit. de legatis.* Rebuffus *in L.* 120. *de V. S.* Robertus 2. *ſent. cap.* 23. Oſualdus ad Donellum *Lib.* 8. *cap.* 1. aliis Valentia *illuſt.* 3. *tract.* 4. *cap.* 1. *n.* 12. In noſtra autem *Leg.* 39. *ff. de vulgari* nepos ille emancipatus non fuit præteritus, ſed inſtitutus ex dimidia parte hæreditatis *cùm in ſuam tutelam veniſſet*; quia illud verbum *legavit* in *d. L.* 39. non ſignificat, quòd Avus particulari diſpoſitione, & legatô reliquit dimidiam partem hæreditatis nepoti emancipato, ſed denotat, quòd Avus titulô generali inſtitutionis reliquit

ne-

nepoti emancipato dimidiam partem hæreditatis: undè cùm nepos ille emancipatus d. L. 39. non fuerit præteritus, nihil mirùm, quòd non habeat bonor. possessionem contra tabulas.

Quis hàc solutione supràexplicatâ non judicat quatuor illos celebres Juris-Consultos ab omni difficultate in suo ereumate & consilio esse liberatos? Sed non adhuc; majorem enim contra illos suscitat difficultatem Josephus Martinez del Villar *de pupillari cap.* 2. §. 1. *sec.* 2. *a n.* 25. quæ est hæc: Quamvis *in d. L.* 39. *ff. de vulgari* ille nepos emancipatus fuerit institutus ex dimidia parte hæreditatis, tamen fuit institutus ex die incerto: *cùm in suam tutelam venisset.* Sicque sub conditione *L. dies* 75. *Cod. de condit. & demonst.* dixi suprà n. . . Sed filius institutus sub conditione casuali, (qualis est illa cùm in suam tutelam venisset, quia potest esse, & non esse) interim pendente conditione habetur & censetur præteritus *L.* 83. *ff. de condit. & demonstrat.* Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *n.* 8. diximus suprà n. . . ergò nepos ille emancipatus in nostra L. 39. interim pendente casuali conditione pubertatis est præteritus; cùm pendente conditione non sit institutus, neque exhæredatus; sed non habet talis nepos bonorum possessionem contra tabulas ad contratabulandum Avi testamentum in d. L. 39., aliàs non valeret consilium Juris-Consultorum: ergò emancipati præteriti non habent bonorum possessionem contra tabulas. 109

Multas solutiones hujus difficultatis inveni in nostra Jurisprudentia in scriptis Authorum, quos revolvi. Veteres, ùt Jacobus de Aretio, Albericus, Angelus, Imola, Alexander *in d. L.* 39. Goveanus ibidem, Petrus Barbosa *in novissimis posthumis ad L.* 2. *de vulgari n.* 63. quas refert Retes *in adversariis cap.* 4. *n.* 4. & approbat Villar *d. cap.* 2. §. 1. *sect.* 2. *a n.* 110

 25.

25 & 26. solverunt difficultatem, dicendo, quòd ideò nepos in d. L. 39. non habet remedium bonorum possessionis contra tab., quia si hoc remedium intentaret, perderet commodum substitutionis pupillaris, tanquam indignus, *L.* 12. *ff. de vulgari L.* 2. *ff. de his, quibus ùt indignis*: Undè cùm utiliùs sit emancipato sperare commodum substitutionis, quia sic habebit totam hæreditatem, quàm contratabulare testamentum, quô modô solùm dimidiam partem haberet; & sic in electione hujus nepotis emancipati esset unum ex his duobus remediis eligere: hac de causa in d. L. 39. nepos emancipatus non habet bonorum possessionem contra tabulas. Costa *in* §. *& quid si tantùm* 1. *p.* *n.* 56. *& seqq.* dicit, quòd *in d. L.* 39. nepos licèt præteritus non habet bonorum possessionem contra tabulas, quia illam non concedit Prætor ex abrupto, sed temperanter ex bono & æquo; & cùm in d. L. 39. nepos ille emancipatus non fuerit inofficiosè, sed bona mente præteritus, ideò non habet bonorum possessionem contra tabulas. Quæ solutio licèt malè oleat Retesiò *d. cap. an.* 4. approbatur tamen à Villar *d. cap.* 2. §. 1. *sec.* 2. *n.* 25. *& seq.* Magnus Jacobus Cujacius, ùt refert Retes, solvit, quòd *in d. L.* 39. nepos ille emancipatus fuit exhæredatus bona mente, relictô ei legato partitionis, & sic cùm sit exhæredatus, non habet contra tabulas *L.* 8. *ff. de bonor. possessio. contra tabulas*, & cùm sit exhæredatus bona mente non habet quærelam *L.* 18. *ff. de liberis & Posthumis.* Sicque illæsum remanet votum Juris-Consultorum. Hanc solutionem Retes & Villar, ubi suprà ambo approbârunt: sicque quælibet ex supràdictis solutionibus bene discutit difficultatem.

III Non quiescit adhuc Antonius Goveanus in d. L. 39. ff. vulgari, huic voto & consilio Labeonis, Offilii, Casellii, & Trebatii; sed num. 5. adhuc du-

dubitat contra Conſultos, & dicit, quòd meliùs conſilium & cautelam poterant dare illi Conſulti deſiderio Avi teſtatoris noſtræ Leg. 39. conſulendo, quòd Avus utrique nepoti per fideicommiſſum ſubſtitueret, & gravaret ambos nepotes de reſtituenda ſibi invicem hæreditate, ſi in ſuam tutelam non perveniſſent, quod faciliùs erat, quàm ereuma & cautela ab ipſis propoſita: ſed tamen reſpondet idem Goveanus num. 6., & ex eo D. Joſephus Retes *d. cap. 4. n. 4. in fine*, quòd tempore illorum Juris-Conſultorum adhuc non fuit introductum robur & vigor præſtandi fideicommiſſa ab Auguſto Cæſare *prin. tit. Inſt. de Codicillis*, ùt latè Retes *Lib. 3. de interdictis excurſ.* 5. Sed ſolùm iſte vigor obtinuit ſeneſcentibus jam Trebatio, & Labeone: undè cùm tempore, quò datum fuit conſilium d. Leg. 39. adhuc uſu non eſſent recepta fideicommiſſa, ſed ſolùm præſtarentur ex mero fidei pudore: hac de cauſa illi quatuor Juris-Conſulti non dederunt hoc conſilium de facienda ſubſtitutione fideicommiſſaria, neque de pupillari, quæ in vim fideicommiſſariæ ſuſtineretur. 111

112 Sed adhuc ego non quieſco in hac Juris-Conſultorum cautela, quâ non bene dicti Conſulti conſuluerunt nepoti emancipato: nam pendente illâ conditione pubertatis nepos emancipatus nihil habebat, neque totam hæreditatem, neque partem hæreditatis; & nepos ſuus totam hæreditatem habebat, & fructus totius hæreditatis, ùt ait Goveanus ad d. L. 39., qui pendente conditione pertinent ad illum, à quo hæreditas vel legatum relictum eſt. *L. in fideicommiſſariam cum vulgatis ff. ad SC. Trebellianum.* Sicque in illo interim nepos ille emancipatus pauper, & omni remediò deſtitutus, undè ſe aleret, non habebat, quæ erat maxima iniquitas: nisi dicamus, quòd hoc incommodum, quod ne- 113

pos emancipatus pendente conditione pubertatis habebat, quòd scilicet interim nihil haberet de hæreditate, compensârunt Consulti cum illo alio commodo, quod nepos emancipatus poterat habere lucrando totam hæreditatem, si alius nepos suus in pupillari ætate moriebatur. Sicque rectæ rationi consona fuit illa Juris-Consultorum cautela *in d. L. 39. ff. de vulgari.* Hæc, deprӕcor candide Lector, quæ ex aliis Authoribus, & ex discursu meo scripsi, benignis auribus accipere velis, & labor suppleat operis defectum circa hoc celebre Juris-Consultorum responsum.

113 Sed octavò nec minùs difficilis textus se offert in Leg. *si duobus filiis* 12. §. *si priùs testamentum* 1. *ff. de bonorum possessionibus contra tabulas*, in quo textu talem celebrem proponit Paulus speciem: Pater aliquis fecit primum testamentum ritè & rectè secundùm Juris-Civilis solemnitates, in quo primo testamento filium exhæredavit; posteà mutatâ voluntate secundum testamentum non ritè ordinavit, in quo filium præterivit, dubitat Consultus, an ex hoc testamento secundo & imperfecto filius præteritus possit petere bonorum possessionem contra tabulas? Cui dubio respondet Consultus, posse filium præteritum contra tabulas bonorum possessionem petere, cum hac distinctione, quòd si institutus in dicto secundo testamento imperfecto talis esset, quòd ab intestato veniret remotô filiô, tunc filius potest bonorum possessionem petere; si autem institutus in tali secundo testamento esset extraneus, vel non venturus esset ab intestato remotô filiô, tunc filius contra tale secundum testamentum non potest petere bonorum possessionem contra tabulas.

114 Jam vidisti speciem, resolutionem, & distinctionem Consulti in *d. L.* 12. *§.* 1. *ff. de bonor. possessionib. contra tabulas*; arrectis auribus adsta nunc ad multas diffi-

difficultates , quæ in noſtro Jure ex tali intricata contingentia & reſolutione pullulant. Prima eſt, quia , quamvis verum ſit , quòd ſecundum teſtamentum perfectum rumpat primum. *L.* 1. *L.* 2. *ff. de injuſto rupto , & irrito facto teſtamento. L.* 27. *Cod. de teſtament. L.* 4. *ff. de adimendis legatis. L. ſi quis priore in prin. ff. ad SC. Trebellianum. L.* 2. *ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit. L. cùm quidem* 12. *ff. de his, quibus indignis , &c. L.* 1. §. *non autem ff. de bonor. poſſeſſio. ſecundùm tabulas. L. Pactumejus fin. ff. de hæredib. inſtit. L. Clodius* 97. *ff. de acq. hæreditate* §. *poſteriore* 2. *Inſt. quibus modis teſtamenta infirmentur. prin. tit. Inſt. de hæreditatibus , quæ ab inteſtato deferuntur. Leg. ſi quis in principio teſtamenti ff. de legat.* 3. *L. omnium Cod. de teſtament. L. ſi quis Cod. qui teſtamenta facere poſſunt. L. militis* §. *fin. ff. de teſtam. militis. L. cùm hic ſtatus* §. *pœnitentiam ff. de donatio. inter Virum & Uxorem cap. cum Martha de celebrat. Miſſar. cap. ultima voluntas* 13. *q.* 2. ùt conſtat in teſtamento veteri, quod ruptum fuit per novum teſtamentum Legis gratiæ D. Paulus *ad Hebræos cap.* 9. *verſ.* 15. *Et ideò novi teſtamenti mediator eſt , ut morte intercedente in redemptionem earum prævaricationum , quæ erant ſub primi teſtamento , repromiſſionem accipiant , qui vocati ſunt æternæ hæreditatis.* Tenent Donellus *Lib.* 6. *Com. cap.* 16. *Lit.* E. , & ibi Oſualdus Bartolus & DD. *in L. hæredes palam* §. *ſi quid poſt ff. de teſtam. n.* 3. Alex. *Conſ.* 103. *Volum.* 4. Caſtrenſ. *conſ.* 327. *Volum.* 1. aliis Covarruvias *in rub. de teſtamentis p.* 2. *an.* 1. Gæddæus *in L.* 64. *de V. S. n.* 9. & 10. Fachineus *cont. Lib.* 4. *cap.* 8. Faber *decad.* 14. *error.* 1. Vaſquius *Lib.* 1. *de ſucceſſion. reſolutio.* §. 1. *n.* 11. Dauth. *de teſtam. n.* 89. & *ſeq.* Gomez *ad L.* 3. *Tauri n.* 92. Clarus *in* §. *teſtam. q.* 99. Graſſus *eod.* §. *q.* 86. Mantica *de conjecturis Lib.* 12. *tit.* 8. Verweis *de arte teſtand. cap.* 13. Merenda 4. *Controv. cap.* 49. D. Joſephus Retes *Lib.* 2. *Opuſc.*

Opusc. sess. 3. *cap.* 1. *n.* 1. Idem *Lib.* 3. *ad L. ultim.* §. *si pupillus ff. de vulgari n.* 5. adducens pro concordanti *Leg.* 54. *ff. de hæredib. instit.* Bartholomæus Ghesius 1. *different. cap.* 34. *& Lib.* 1. *int. cap.* 3. *n.* 11. *& cap.* 6. D. Josephus del Villar *cap.* 2. *S.* 2. *n.* 18. noster Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *an.* 9. Retes *in adversariis cap.* 5. *n.* 6.; Tamen testamentum secundum imperfectum, seu minùs perfectum non rumpit primum testamentum *S. ex eo autem* 7. *Inst. quibus modis testam. infirmentur. L.* 2. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testam. L.* 18. *ff. de legat.* 3. *L.* 21. *S.* 2. *Cod. de testament. L. Clodius* 97. *ff. de acq. hæreditat. L.* 36. *S. veteranus ff. de testament. militis. L. haredes* 21. §. *si quid ff. de testament. L.* 11. §. *testamento ff. de bonor. possessio. secundùm tab. L.* 18. *ff. de injusto rupto, &c.* Faber *decad.* 39. *error.* 8. Chesius *Lib.* 1. *differentiar. cap.* 33. *n.* 15., & omnes ferè DD. suprà relati, sed in *d. L.* 12. *S. si prius ff. de bonor. possessio. contra tab.* Secundùm testamentum, in quo filius erat præteritus, erat imperfectum, ùt ait textus: Ergò tale secundum testamentum non potest rumpere primum.

115 Secunda difficultas *d. Legis* 12. *S. si priùs ff. de bonor. possessionibus contra tabulas* est, quòd ùt vidimus suprà n. 27. filio à Patre præterito testamentum ipsô Jure est nullum *prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor. L. inter cætera* 30. *ff. de liberis & posthumis*; sed in *d. L.* 12. *S. si priùs* filius in secundo testamento, ùt fatetur textus, erat præteritus: ergò tale secundum testamentum est nullum; sed ex testamento nullo Prætor non potest dare bonorum possessionem secundùm tabulas. *L.* 1. §. *exigit Prator & seq. ff. de bonor. possessio. secundùm tabulas.* Ergò ex secundo testamento imperfecto Prætor *in d. L.* 12. *S. si priùs ff. de contra tab.* non potest polliceri bonorum possessionem contra tabulas.

116 Si dices in sententia aliquorum, quos posteà vi-

videbimus , quòd in *d. L.* 12. §. *si prius ff. de contra tabulas* , filius ille , qui in secundo testamento præteritus invenitur , erat filius emancipatus, sicque Jure Civili testamentum valebat , poteratque Prætor institutis hæredibus dare bonorum possessionem secundùm tabulas; intrat major difficultas pro nostro casu , de quo in hac secunda parte dissertationis scribimus , ponderabilis : quòd in *d. L.* 12. §. *si prius* filius emancipatus fuit præteritus , sed talis filius emancipatus præteritus non habet bonorum possessionem contra tab. , quia , ùt ait Consultus : Prætor remotô filiô dat hæredibus institutis bonorum possessionem secundùm tabulas ex tali testamento : Ergò filius præteritus emancipatus non habet à Prætore bonorum possessionem contra tabulas ad rescindendum paternum testamentum.

Antiqui DD. inter quos Bartolus *ad d. L.* 12. §. *si prius ff. de contra tabulas* , communiter dixêre , quòd licèt regulariter secundum testamentum imperfectum non rumpat primum , hoc fallit in casu , quô in secundo testamento imperfecto fuerunt instituti hæredes aliàs venientes ab intestato , quia tunc secundum testamentum imperfectum rumpit primum , sicuti in testamento imperfecto militum , & inter liberos *L.* 21. §. 1. *cum authentica seq. & §.* 2. *Cod. de testam.* Vinnius *in* §. 7. *Inst. quib. modis testam. infirmentur* ; & in d. *L.* 12. §. *si prius* in secundo testamento imperfecto instituti fuêre hæredes aliàs ab intestato venturi , quod facit , ut secundum testamentum imperfectum rumpat primum ; quam antiquorum solutionem rejicit Bartholomæus Chesius *Lib.* 1. *int. cap.* 6. *n.* 2. ex Fabro *decad.* 37. *error.* 2. ex eo quia quomodo possunt dici instituti proximi venturi ab intestato , si filius est præteritus , cujus ab intestato semper prima càusa est , vel Jure Civili §. 1. *Inst. de hæreditatibus , quæ ab intestato deferuntur* , vel 117

Jure Prætoriô §. *emancipati* 9. *Inst. eod.* ? Et rejectâ Cujacii *ad. d. L.* 12. §. *si priùs ff. de contra tabulas* interpretatione atque Antonii Fabri, qui in secundo testamento filios alios fuisse institutos defendit, Chesius ipse *d. Lib.* 1. *interp. cap.* 6. *n.* 20. dicit, quòd *in d. L.* 12. §. *si priùs.* testamentum secundum fuit factum cum omnibus solemnitatibus (ùt contrarium falsò putavit Alex. *in d. L. n.* 4.) & solùm fuit imperfectum illud secundum testamentum, quia in eo fuit præteritus filius emancipatus; quô casu cùm tale secundum testamentum Jure Civili sit validum & perfectum, & solum imperfectum Jure Prætorio, & Prætor non statim invalidet hujusmodi testamenta, sed ità demùm, si filius ille emancipatus petit bonorum possessionem contra tabulas, potest illud secundum testamentum Jure Civile perfectum rumpere primum, & ideò rectè potest Prætor remotô illô filiô emancipatô præteritô dare institutis in secundo testamento bonorum possessionem secundùm tabulas.

118 Sed hæc interpretatio Chesii rejicitur ex semetipsa, & ex eo, quod scribit in *d. cap.* 6. *n.* 9. Quia si illud secundum testamentum solùm esset imperfectum, quia in eo fuit præteritus filius emancipatus, tale testamentum secundum rumperet primum, sivè in secundo essent instituti venturi ab intestato, sivè non venturi ab intestato, cùm tale secundum testamentum à Jure Civili sit validum. Secundò hanc Chesii interpretationem rejicit D. Josephus Retes *in adversariis cap.* 5. *n.* 6. ex quo illud secundum testamentum, in quo filius est præteritus, dicitur imperfectum, ex eo, quia subjacet rescissoriæ bonorum possessioni contra tabulas, etiam primum testamentum, in quo filius fuit exhæredatus, potest dici imperfectum; eò quia etiam subjacet rescissoriæ querelæ inofficiosi testamenti.

Un-

Undè Retes *in d. cap.* 5. *n.* 6. ex Joanne Ronchegallo *in tit. de bonor. possessio.* §. *sunt autem fol.* 97. aliam novam excogitavit solutionem dicendo, quòd *in d. Leg.* 12. §. *si priùs ff. de bonor. possessio. contra tab.* filius suus in primo testamento fuit exhæredatus, & in secundo testamento præteritus, sicque secundum testamentum non ritè, & imperfectè fuit factum; & ruptô primô testamentô per secundum imperfectum, eò quia in hoc secundo imperfecto fuerunt instituti hæredes, aliàs venturi ab intestato, hôc casu si filius non vult dicere nullum paternum testamentum, ùt in filio laudabile est juxta Leg. *filio præterito* 17. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testamento*, rectè Prætor potest dare hæredibus institutis bonorum possessionem secundum tabulas. 119

Sed adhuc hæc solutio patitur hanc ingentem difficultatem, quòd testamentum, in quo filius suus est præteritus statim ipsô Jure est nullum *prin. tit. Instit. de exhæredat. liberor.* ùt suprà n. 27. Sed testamentum secundum nullum non potest rumpere primum § 7. *Inst. quibus modis testamenta infirmentur*: Ergò primum debet valere, sicque Prætor ex secundo non potest dare institutis bonorum possessionem secundùm tabulas: nam cùm nemo Paganus possit cum duobus testamentis decedere *L. Jus nostrum* 7. *ff de reg. jur.* & ibi DD. in instanti, quò Pater in nostra *L.* 12. §. *si priùs* fuit mortuus, unum vel aliud ex his duobus testamentis debet valere, sed non secundum, cùm sit nullum ob filii sui præteritionem: Ergò primum; sicque ex secundo Prætor non poterit dare bonorum possessionem: si discurris, quòd illud secundum testamentum ab initio est nullum; sed quòd posteà filiô nolente dicere illud nullum reconvalescit, & primum rumpit, dando ex illo Prætor secundùm tabulas bonorum possessionem? Obstat tibi ex diametro Justinianus *in prin. tit. Inst. de* 120

exhæredat. liberor., ubi testamentum ob filii præteritionem nullum adhuc morte ipsius filii non reconvalescit. Discurramus igitur veram intelligentiam *d. Leg.* 12. §. *si priùs de contra tabulas*; quæ est hæc: Verum equidem est, cùm Retes, quòd in dicto secundo testamento filius præteritus erat suus; verum equidem est, quòd secundum testamentum erat nullum ex vitio præteritionis; sed tamen in dicto textu maxima relucet æquitas prætoria contra omnes regulas Juris Civilis, quà institutis ab intestato venientibus dat Prætor bonorum possessionem secundùm tabulas: quia cùm testamentum, in quo filius suus est præteritus, licèt sit nullum Jure Civili, Jure Prætorio validum sit, ùt bene defendit Mynsinger, & alii Institutistæ *in prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor.* qua de causa ad illud rescindendum dat Prætor bonorum possessionem contra tabulas, id est contra formam ligni, & signacula testium, quæ forma exterior sufficit, ut Prætor validum reputet testamentum Chesius *Lib.* 1. *interp. cap.* 5. *n.* 13., hoc supradictum fecit, quòd secundum testamentum Jure Prætoriò validum, inspectò Jure Prætoriò rumpit primum: undè solùm ex secundo hæreditas à Prætore dari poterat; & cùm filius *in d. Leg.* 12. §. *si priùs* noluerit petere à Prætore bonorum possessionem contra tabulas, facultas erat Prætoris ad dandum institutis ab intestato venientibus bonorum possessionem secundùm tabulas. Sed non possum intelligere, quô fine & causa Consultus *in d. L.* 12. §. *si priùs* miscet hæredes institutos esse illos, quia aliàs erant venturi ab intestato; cùm suppositâ dictâ solutione, etiamsi instituti essent alii ab intestato non venientes, Prætor ex secundo testamento Jure Prætoriò validô primùm rumpente posset quoque dare bonorum possessionem secundùm tabulas: sicuti ex testamento per capitis diminutionem irritato septem

tem teſtium ſignaculis ſignato poteſt Prætor dare bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas hæredibus inſtitutis , ùt abſolutè loquitur Juſtinianus *in §. non tamen 6. Inſt. quib. modis teſtam. infirmentur.*

Audi nunc rationem , cur Conſultus *in d. L.* 12. 121
§. *ſi priùs ff. de contra tabulas* , loquitur ſolùm de venientibus ab inteſtato inſtitutis hæredibus , quod à nullo authore adhuc audivi : jam vidiſti , quòd Prætor ex maxima æquitate ſuſtinebat illud ſecundum teſtamentum , in quo filius erat præteritus , qui nolebat dicere teſtamentum nullum : hæc æquitas autem fundatur in hoc , quòd in ſecundo teſtamento ſint inſtituti hæredes aliàs venturi ab inteſtato ; nam cùm Prætor auferat hæreditatem hæredibus inſtitutis in primo teſtamento , hoc redundaret in maximam iniquitatem , niſi Prætor coloraret hoc majori æquitate , dandi ſcilicet hæreditatem hæredibus ab inteſtato venientibus in ſecundo teſtamento inſtitutis. Sicuti in *Leg. Poſthumus* 12. *ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtamento* , Prætor ex teſtamento rupto nativitate Poſthumi , ex teſtamento injuſto , & irrito dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas inſtitutis hæredibus , ſi iſti erant etiam venturi ab inteſtato , quia iſti quôlibet modô ſivè ex teſtamento, ſivè ab inteſtato debebant habere hæreditatem. Cheſius *Lib.* 1. *int. cap.* 5. *per totum* , quô ſimili modô intelligitur Juſtinianus *in d. §. non tamen* 6. *Inſt. quibus modis teſtamta infirmentur.*

Sed pro noſtro caſu parùm facit an *in d. L.* 12. *§. ſi priùs ff. de contra tabulas* filius præteritus in ſecundo teſtamento fuerit ſuus , an emancipatus : ſolùm difficultatem facit , quomodo Prætor remotô illô filiô , ſivè ſuo , ſivè emancipato à bonorum poſſeſſione poteſt dare bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas hæredibus inſtitutis venientibus ab inteſtato , cùm ſemper in bonorum poſſeſſionibus , ſicut

in hæreditatibus legitimis prima causa sit filiorum. Cui difficultati respondetur, quòd Consultus *in d. L.* 12. §. *si priùs* in illis verbis: *si remotô quoque filiô* non intelligit dicere, quòd Prætor removeat filium præteritum à bonorum possessione contra tabulas nolendo ei dare bonorum possessionem. Sed intelligit Consultus de casu, quô aut filius ille emancipatus mortuus fuit ante petitam bonorum possessionem contra tabulas *L.* 5 *ff. de contra tabulas*, aut filius illam repudiavit, aut non petivit illam intrà legitimum tempus unius anni §. 4. *Inst. de bonorum possessio.*, quibus casibus remotô filiô rectè Prætor potest dare venturis ab intestato hæredibus institutis bonorum possessionem secundùm tabulas.

122 Sed nonò adversùs hæc se offert responsum Consulti *in Leg. non est ambigendum* 12. §. *ubicunque* 1. *ff. de bonorum possessionibus*, ubi ponit hanc regulam Consultus, quòd ubicunque Lex, Senatus-Consultum, vel constitutio prohibet aliquem capere hæreditatem, non potest Prætor tali personæ prohibitæ dare bonorum possessionem; sed Jus Civile prohibebat filios emancipatos venire ad successionem testamentariam Patris in casu, quô essent præteriti, ùt vidimus in prima parte hujus dissertationis: Ergò Prætor non potest dare filiis emancipatis præteritis bonorum possessionem contra tabulas ad rescindendum paternum testamentum. De hac Lege 12. §. *ubicunque ff. de bonor. possessio.* egit latè Bartholomæus Chesius 1. *interp. cap.* 10. pro alio intento scilicet posthumi alieni: solutio communis Authorum, Accursii & Cujacii ad d. Legem est, quòd dicta Lex intelligitur de illis, qui sunt prohibiti positivè à Lege, nè capiant hæreditatem, quibus Lex resistit v. g. deportatis, servis, cœlibibus, & orbis, & istis Prætor non potest dare bonorum possessionem; non autem *d. L.* 12. §. *fin.* intelligitur de prohibitis ne-

negativè, id est illis, quibus Lex neque resistit, neque assistit. Filius autem emancipatus non est prohibitus capere hæreditatem paternam positivè sed negativè; quia Lex ei non resistit, sicuti deportato, qui non est Civis Romanus; sed Lex ei non assistit, id est, non est cognitus à Jure Civili, sicque bene potest Prætor filio emancipato præterito dare bonorum possessionem contra tabulas. Bartholomæus Chesius *d. cap.* 10. non approbat dictam solutionem, & loquendo in terminis posthumi alieni (qui erat prohibitus Jure Civili hæres institui §. 28. *Instit. de legatis*, & tamen Prætor ei instituto dabat bonor. possessionem secundùm tabulas *prin. tit. Inst. de bonorum possessionibus*) dicit quòd dicta Lex 12. §. *ubicunque ff. de bonor. possessio.* loquitur de illis, qui erant prohibiti à Lege, Senatûs-Consulto, & constitutione, quibus Prætor, quia non potest facere contra Legem, Senatûs-Consultum, & constitutionem, non potest dare bonorum possessionem; non autem loquitur textus de illis, qui sunt prohibiti interpretatione prudentum; quia cùm Prætor possit facere contra prudentum responsa, potest istis dare bonorum possessionem; filius autem emancipatus (sicut posthumus) alienus non erat prohibitus Jure Civili dicere testamentum Patris nullum aliquâ expressâ Lege, Senatûs-Consultô, vel constitutione hoc prohibente; sed solùm interpretatione & subtilitate prudentum, familiarum conservationem inspiciente: undè Prætor emancipato præterito potest dare bonorum possessionem contra tabulas.

Decimò allegabis Leg. *si præteritus* 15. *ff. de bonor. possessio. contra tabulas*, ubi præteritus filius emancipatus non habet bonor. possessionem contra tabulas. Cui difficultati ex verbis Consulti respondet D. Josephus Retes *in adversariis cap.* 6, *n.* 1, dicendo, 123

quòd

quòd casus d. L. 15. fuit, quòd Pater præterito filio emancipato extraneum instituit, & filio emancipato legavit liberationem debiti, quô filius centum Patri debebat, mortuô testatore hæres scriptus in judicio petebat debitum à filio emancipato, filius emancipatus opposuit exceptionem ex testamento fuisse sibi à Patre liberationem legatam, & absolutus in judicio filius fuit: posteà filius emancipatus videns se præteritum, petebat bonorum possessionem contra tabulas testamenti Patris, quam ei Consulti denegârunt eâ ratione, quia ille, qui approbavit judicium defuncti, non potest per contra tabulas illud rescindere *L.* 18. *ʃ.* 1. *ff. de contra tabulas L.* 30. *ff. de minoribus.* Retes *d. cap.* 6. *n.* 1. neque per querelam inofficiosi testamenti *L. Papinianus* 8. §. 10. *L.* 10. §. 1. *L.* 12. *L.* 23. *ʃ. hæreditatem ff. de inofficioso testam.* Retes *in adversariis cap.* 13. *num.* 2. quia approbatio judicii defuncti est tacita renunciatio bonorum possessionis contra tabulas, ùt sic insinuat Consultus *in d. L.* 15. ibi: *Nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem*: undè cùm in d. Leg. 15. filius approbaverit judicium Patris, & legatum liberationis vel sinendi modo ei relictum juvando se exceptione ex testamento: ideò ei quamvis præterito non competit bonorum possessio contra tabulas.

124 Undecimò obstare videtur textus in *L.* 3. §. *si quis ex liberis* 11. *ff. de contra tabulas*, ubi filio instituto emancipato competit bonorum possessio contra tabulas: Ergò bonorum possessio contra tabulas non solùm competit filiis præteritis emancipatis. Doctissimè D. Josephus Retes dissolvit difficultatem *in adversariis cap.* 10. *n.* 5. & primò ponit casum *d.* §. *si quis ex liberis* dicendo, quòd *in d.* §. institutus fuit hæres extraneus, & filius emancipatus ex minima quadam parte, & alius filius sivè suus, sivè eman-

emancipatus præteritus, ille filius emancipatus institutus ex minima parte non potest intentare bonorum possessionem ad differentiam querelæ, (in qua filius institutus ex minima parte minùs quàm legitima potest arguere de inofficioso testamentum paternum secundùm Jus antiquum. *L.* 8. §. 9. *&* §. *meminisse ff. de inofficioso* §. 3. *Inst. eod.* Donellus 19. *Com. cap.* 4. Larreategui *Lib.* 7. *select. cap.* 6. *n.* 4. aliis Retes *d. cap.* 10. *n.* 5. & discriminis Ratio est, quia causa querelæ non est exhæredatio, sed inofficiositas; & Pater, qui minimam partem filio relinquit contra officium pietatis procedit, Retes ubi suprà) sed tamen *in d. L.* 3. §. *si quis liberis*, filius ille emancipatus institutus habet contra tabulas non ex propria persona, sed ex persona alterius filii præteriti; quia commisso per istum filium præteritum edicto potest filius etiam institutus contratabulare, nè suâ parte hæreditatis propter institutionem privaretur, doctissimè Retes n. 5. Nam in Jure sæpè sæpiùs quis ex persona alterius habet id, quod ex sua persona consequi non potest. Amaya *Lib.* 1. *obs. cap.* 13. *n.* 33.

Duodecima difficultas nec levis insurgit ex ead. 125
Leg. 3. § *si sub ea conditione* 13. *ff. de bonor. possessio. contra tabulas*, in quo textu fuit casus, quòd Pater aliquis filium emancipatum instituit hæredem sub conditione causali, seu quæ non erat in potestate illius, dubitat Consultus, an ille filius emancipatus habeat bonorum possessionem contra tabulas, an verò debeat petere bonorum possessionem secundùm tabulas? Cui dubio respondet Consultus, quòd ille filius emancipatus debet petere bonorum possessionem secundùm tabulas, & non potest petere bonorum possessionem contra tabulas. Sic pondero decisionem: Certum est in nostro Jure, quòd filius institutus sub conditione causali interim censetur præteritus *L.* 4. *ff. de hæredibus instituendis*, dixi plu-

ribus suprà n. 26. Sed in nostra *Leg.* 3. §. *si sub ea ff. de bonor. possessio. contra tab.* filius ille emancipatus fuit institutus sub conditione casuali; ergò interim pendente conditione est præteritus; sed asseverat Consultus, quòd non habeat bonorum possessionem contra tabulas; ergò filius emancipatus præteritus non potest habere bonorum possessionem contra tabulas. Rejectâ Gothofredi sententiâ ad d. textum putantis filium sub conditione causali institutum, & non exhæredatum sub contraria interim præteritum censeri, & habere bonor. possessionem contra tabulas; facilis & clara est difficultas, si loquimur de filio emancipato, quia omnes Authores supponunt filio emancipato sub casuali instituto non competere contra tabulas bonorum possessionem, quia iste filius jam potest habere bonorum possessionem secundùm tab. ùt dicit Consultus *in* §. *si sub ea*, & dixerunt *in Leg.* 2. *Leg.* 5. *ff. de secundum tabulas.* Solùm DD. se involvunt circà filium suum, utrùm filius suus sub casuali institutus habeat tanquam præteritus contra tabulas, & resolvunt Bartholomæus Chesius 1. *interpr. cap.* 11. & Retes *in adversariis cap.* 5. *n.* 1. *&* 2. eam habere. Et quamvis dubitent dicti Authores, quomodo hoc possit esse, si filius ille suus habet bonorum possessionem secundùm tab., non habeo in hoc difficultatem, quia jam dicit Retes *d. cap.* 5. *n.* 2. quòd filius suus sub casuali institutus, habet in electione ista duo remedia, ità ut possit unum alteri præferre, & sic potest petere bonorum possessienem secundùm tabulas tanquam institutus, & potest petere contra tabulas tanquam
126 præteritus, si maluerit. Nec habeo difficultatem, cur si bonorum possessio secundùm tabulas datur solùm utiliter institutis *L. hi demùm* 6. *ff. de bonorum possessionib. secundùm tab.* Retes *d. cap.* 5. *n.* 2. & filius suus sub casuali institutus inutiliter institutus est. *L.*

4. *de*

4. de haredibus instit. suprà n. 26. Cur, inquam, ità sub casuali, adeóque inutiliter iste filius suus institutus possit habere bonorum possessionem secundùm tabulas, ùt dubitavit Retes d. n. 2.; quia jam respondit Chesius *d. cap.* 11. *n.* 9. quòd ille filius suus, licèt sit inutiliter institutus Jure Civili, est tamen Prætoriò Jure utiliter institutus, cùm Prætor validitatem testamenti habeat in tabulis septem signis testium signatis. Solùm ego difficultatem habeo in 127
hoc, cur Prætor filio suo sub casuali instituto dat duo remrdia, *bonorum possessionem secundùm tab.*, & *bonorum possessionem contra tabulas*, & filio emancipato sub casuali instituto solùm dat bonorum possessionem secundùm tabulas, & illum à contra tabulas removet *d. L.* 3. *§. si sub ea conditione ff. de contra tabulas*: Nonnè Prætor dat bonorum possessionem contra tabulas illis filiis, qui si essent sui, dicerent Patris testamentum nullum? ùt ex Retes *Lib.* 3. *Opusc. ad. L. fin. §. si filius ff. de legat.* 3. *n.* 2. firmavimus suprà n. 47. Nonnè filius emancipatus sub casuali institutus, si esset suus, & non emancipatus diceret testamentum nullum. *d. L.* 4. *ff. de haredib. Inst.*? Quomodo igitur Consultus *in d. §. si sub ea* emancipato sub casuali instituto contra tabulas bonorum possessionem denegat? Sed tamen dico hoc esse, quia filio emancipato sub casuali instituto jam succurritur aliò remediô, quia pendente conditione habet bonorum possessionem secundùm tab., & si deficit conditio, tuetur à Prætore ac si contra tabulas accepisset *d. L.* 2. *in prin. Leg.* 5. *ff. de bonor. poss. secundùm tab.* Hæc Retes & Authores *d. cap.* 5. *n.* 2. & 3. Sed ego addo, & puto, nullam in hoc 128
reperiri differentiam inter suum & emancipatum; nec Gothofredum sequendo, nec D. Josepho Retes assentiendo, & dico, quòd quando Prætor videt filium sivè suum, sivè emancipatum sub casuali insti-

ſtitutum, & adhuc conditio illa caſualis eſt in pendenti, Prætor dat filio bonorum poſſeſſionem ſecundùm tab. ſinè re & effectu, & ſic habet illud, acſi non eſſet præteritus, & ſi poſteà deficit conditio, ùt jam dixit Retes *d. cap.* 5. *n.* 3. illa bonorum poſſeſſio *ſecundùm* tabulas convertitur in *contra* tabulas, & ſi purificatur conditio illa bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ſinè re, quæ data fuit filio ſub caſuali inſtituto, fit bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, cum re & effectu, expreſsè Conſultus *in d. L.* 2. *in prin. ff. de bonor. poſſeſſio. ſecundùm tabulas*, qui abſolutè loquitur ſinè diſtinctione filii ſui, & emancipati, ùt dixit Cheſius *d. Lib.* 1. *int. cap.* 11. *n.* 5. ex quo jam intelligo dictum textum *in L.* 3. *ſ. ſi ſub ea* 13. *ff. de bonor. poſſeſ. contra tab.* quando Conſultus dicit, quòd filius emancipatus ſub caſuali inſtitutus non poteſt petere contra tabulas, ſed habet ſecundùm tabulas, qui ſic intelligitur, quòd pendente conditione caſuali filius ille emancipatus non poteſt petere contra tabulas, ſed bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſinè re & effectu, quod ſufficit, nè à Prætore præteritus dicatur, in illo interim pendente conditione, quod etiam in filio ſuo procedit.

129 Jam vidiſti in ſuperioribus, quòd filii emancipati præteriti Jure Prætoriô habebant bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad reſcindendum Patris teſtamentum, omnia enim, quæ diximus, de filiis procedebant; nunc pro coronide diſſertationis ſupereſt ſecundùm ea, quæ promiſimus ſuprà n. 47. de filia emancipata verba facere, utrùm ſcilicet filia emancipata præterita habeat bonorum poſſeſſionem contra tabulas? In qua quæſtione primâ fronte videbatur dicendum, filiæ emancipatæ præteritæ non poſſe Prætorem dare contra tabulas eâ ratione, quia bonorum poſſeſſio contra tab. ſolùm competit illis, qui

qui si non essent emancipati, dicerent testamentum Jure Civili nullum *L. non putavit* 8. *ff. de bonor. possess. contra tabulas*, dixi suprà n. 47. Sed filia emancipata præterita, si non esset emancipata sed sua, non diceret Patris testamentum nullum; quia filiæ suæ præteritæ non annullant Patris testamentum; sed Jus accrescendi ad certam portionem habent *prin. tit. vers. sed non ità de filiabus*, *Inst. de exhæredat. liberor.* pluribus suprà hac dissert. 4. *an.* 33. Ergò filia emancipata præterita non habet contra tabulas. Secundò quia sic sequeretur, quòd filia emancipata esset melioris conditionis, quàm filia sua, quia filia emancipata præterita rescinderet Patris testamentum, & filia sua præterita illud non annullaret, quod nullatenus est dicendum: Ergò filia emancipata præterita non rescindit Patris testamentum per contra tabulas.

Sed nihilominùs tenendum est in hac quæstione 130 contra Bacovium, quòd filia emancipata præterita potest contratabulare Patris testamentum: sic Sylvester, & Vinnius, aliique Institutistæ in nostro §. *emancipatos* §. *Inst. de exhæredat. liberor.* D. Josephus Retes *in adversariis cap.* 18. *n.* 2.: & suadetur primò expresè ex Justiniano in §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhæredat. liberor.* ubi dicit Justinianus, quòd Prætor jubet omnes filios tam masculini quàm fœminæi sexûs institui vel exhæredari, masculini sexûs nominatim, & fœminæi inter cæteros, subjicitque Imperator, quòd si dicti filii non sunt instituti, neque exhæredati, id est præteriti, Prætor dat eis bonorum possessionem contra tab. Secundò clarè ex Lege: *Maximum vitium* 4. *Cod. de liberis præteritis*, ubi sic loquitur: *ex Prætore autem habebat* (scilicet filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum.* Tertiò, *ex Leg.* 3. *vers. planè ff. de collatione dotis*, ubi filia habet bonorum possessionem contra tabulas. Quartò, quia filia quamvis non habeat Jure

Civili remedium ad dicendum testamentum Patris nullum, tamen, si exhæredata est, habet querelam ad rescindendum testamentum *L. 7. L. 5. L. 22. Cod. de collationibus*, & quod magis est sorores turpi persona instituta §. 1. *Inst. de inofficioso.* Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. Ergò etiam filia emancipata præterita habet contra tabulas. Quintò, quia cùm Prætor semper præ oculis habeat æquitatem. *L. quod ephesi ff. quod certo loco*; & tam Jure Naturali filius sit filius emancipatus, quàm filia emancipata: hac de causa Prætor tam filiis emancipatis, quàm filiabus emancipatis præteritis concedit posse contratabulare. Adverte tamen, ùt Vinnius & Retes locis citatis adverterunt, quòd ab initio Jure Prætoriô filia emancipata præterita contratabulabat Patris testamentum in totum, quod posteà fuit mutatum ab Imperatore Antonino, testante Justiniano *in d. L.* 4. *Cod. de liberis præteritis*, & solùm filiabus dabatur possessoria actio ad consequendam eam portionem, quam de Jure Civili per Jus accrescendi consequi poterant. Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. usque ad Justiniani constitutionem *in d. L. maximum vitium* 4. *Cod. de liberis præteritis*, qua fuit hoc immutatum, & æqualitas inter sexum constituta, & *§. sed hac* 5. *Inst. de exhæredat. liberor.* Undè non obstant dictæ rationes dubitandi, quia quælibet filia tam sua quàm emancipata habet bonorum possessionem contra tabulas, & sunt ejusdem conditionis. Nec illa alia ratio dubitandi, quòd filia emancipata quomodo potest habere contra tabulas, si quamvis fuisset sua, non posset dicere testamentum nullum? habere potest, quia ejus solutionem cum Retes *d. cap.* 18. *n.* 2. in fine, videbis suprà hac eadem dissertatione n. 47.

131 Omnia autem supradicta de emancipatis Jure antiquô procedebant, at verò Jure Novellarum mutatum fuit & constitutum, quòd filius emancipatus de-

deberet cum causa præteriri, aliàs testamentum esset nullum §. *exhæredatos Auth. de hæreditate, & falcidia*, ibique Glossa & Barthol., noster Jacobus Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 11. Ab Imperatore namque Justiniano constitutum fuit, quòd filii sivè sui sivè emancipati Jure Civili deberent institui vel exhæredari, aliàs testamentum esset nullum, eò quia Jure naturæ inspectô (quòd semper sequuntur novæ Imperatorum constitutiones, rejectis antiquis scrupulositatibus) tam filius est suus, ac emancipatus, ità habetur in §. *Sed hæc quidem* 5. *Institut. de exhæredat. liberor. L. maximum vitium Cod. de liber. præteritis*, de qua constitutione Merillius *Var. Lib.* 2. *cap.* 31. Valentia *illust.* 3. *tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 18. D. Josephus Retes *Lib.* 3. *Opusc. ad L. ultim.* §. *si filius* 2. *de legat.* 3. *n.* 5. D. Martinus de Larreategui *Lib.* 7. *Selectar. cap.* 12. *n.* 3. Quidquid dicat Jacobus Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 12. Cùm hodie jam sublata sit antiqua differentia patriæ potestatis & emancipationis à 132
Justiniano *in Leg. fin. §. cùm igitur Cod. de legitimis hæredibus*. D. Josephus Vela *dissert.* 11. *n.* 69. ùt videbimus in dissert. sequenti. Quod Jus Justiniani in nostro Catt. Principatu observatur, in usat. *exhæredare tit. de fills y pares præterits*, exceptô in nostra Civitate Barcinonis, ubi per Privilegium Regis Petri III. potest Pater quemlibet filium impunè præterire, Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 4. *n.* 39. eô modô, quô ego explicavi hac eadem dissert. n. 27.



DIS-

DISSERTATIO V.

De Successione ab Intestato Filij Emancipati ex Jure Prætorio.

1. *Successio ex testamento est prior, quàm Successio ab intestato.*

2. *De Ethimologia & significatione verbi succedere.*

3. *Quid sit Successio ab intestato.*

4. *Fiscus quo Jure succedat in bona vacantia.*

5. *A quo Jure sit introducta Successio ab intestato, & n. 6. & 7.*

8. *Quâ ratione & motivo sit introducta Successio ab intestato.*

9. *Sui hæredes primò locô succedunt ab intestato.*

10. *Assignatur supradicti ratio.*

11. *Filius adoptatus à Persona extranea Patri adoptivo ab intestato succedit.*

12. *An per exhæreditationem extinguatur suitas?*

13. *Explicatur* lex 1. §. sciendum, ff. de suis & legitim. hæredibus.

14. *Proponitur lectura & casus* leg. 9. Cod. de legitimis hæredibus.

15. *Refertur antiquorū opinio.*

16. *Adducitur nova Chesij correctio & solutio.*

17. *Replicatur Solutio Chesij* 18. 19. *&* 20.

21. *Proponitur difficultas ex l.* qui se Patris fin. Cod. undè liberi.

22. *Vera traditur ejus solutio.*

23. *Explicatur lex* si hæredem Quintiani 10. Cod. de inofficioso testamento.

24. *Explicantur alij textus remissivè.*

25. *Filij emancipati Jure Civili non succedunt Patri ab intestato.*

1

PRior est Successio Testamentaria, seu ex testamento, quàm Successio legitima seu ab intestato. Justinianus in §. *hactenus fin. Inst. per quas Personas nobis acquiratur*; quia quamdiù ex testamento potest dari hæreditas, non est locus successioni ab intestato, *l. quamdiù* 39. *ff. de acq. hæredit. l.* 89. *ff. de reg. juris l.* 8. *Cod. Communia de Successionibus.* Donellus *lib.* 9. *Com. cap.* 1. *lit. F.* & ibi Osualdus; & ratio est, quia voluntas expressa potior est voluntate tacitâ, ùt dicunt Borcholt. *de gradibus pag.* 156., & ex eo Osualdus *d. l.* 9. *cap.* 1. *lit. F.* Quamquã contrarium suadere possit textus in leg. *si quis ità* 82. *ff. de hæredib. instit.* ubi quis instituit hæredem hoc modo: Si legitimus hæres nolit vindicare hæreditatem, Titius hæres esto, & valet institutio: ex quo videtur, quòd prior est sucessio legitima, & ab intestato, quàm successio testamentaria; sed in dicto textu l. 82. (relictâ quæstione an legitimus hæres, ex quo sit positus in Conditione, & ei datus substitutus *in d. l.* 82. censeatur institutus? Nam verius in jure est, quòd positi in conditione non censentur positi in dispositione, etiam si sint filij, nisi adsint conjecturæ vocationis, Surdus *decis.* 162. Magon. *decis. Florent.* 27. n. 3.

n. 3. Maynardus *decisione Tholosana* 66. *lib.* 5. D. Ludovicus de Paguera *decis.* 18. 2. *tom.* Fontanella *de pactis nuptialib. claus.* 4. *glos.* 24. *n.* 2.) fuit casus singularis, & specialis, quia voluit testator, quòd hæres legitimus, & ab inteſtato si volebat hæreditatem, præferretur hæredi testamentario, Donellus *d. cap.* 1. *lit. F.* Tum quia datur *in d. l.* 82. evidens conjectura, quòd testator hæredem legitimum positum in conditione voluit ponere in dispositione; quia conformando se cum lege, dabat legitimo hæredi hæreditatem, si eam volebat, & sic etiam erat hæres testamentarius: de quâ lege 82. vide Duarenum ad tit. *de acquir. hæreditat. cap.* 2. Goth. *in notis ad d. leg.* Borcholt. *de gradibus pag.* 156. Donel. & Osuald. *d. lib.* 9. *cap.* 1. *lit. G.* Antonium Pichardum in tit. *de vulgar. substit.* undè cùm in Differt. 4. antecedenti dictum sit de successione testamentaria filij emancipati à Jure Prætorio, videndum nunc est de successione ejusdem filij emancipati ab inteſtato.

Prælibemus aliqua circà generalem successionis legitimæ, seu ab inteſtato intelligentiam: Verbum enim succedere (ut à primordiis incipiamus) idem significat, ac subintrare in locum alterius, *l. si hæreditas*, §. 1. *ff. de testamentaria tutela*, ibique Glossa, aliis cumulatis Peregrinus *de fideicommissis art.* 20. *n.* 10. Fontanella *de pactis nuptial. claus.* 4. *glos.* 9. *p.* 4. *n.* 90. & sic omnis ille, qui subintrat, seù subrogatur in locum alterius dicitur successor: Sic successor duplex est, alius particularis, qui in jus particulare succedit, v. g. emptor est successor venditoris, §. *inter Venditorem, Inst. de usucapio.* & Judex in locum mortui electus dicitur successor. Successor universalis est ille, qui in universum jus succedit. v. g. hæres & donatarius universalis; Sic etiam intelligo, cur in l. *hæreditas de V. S.* hæ- 2

reditas pro formali dicitur: *successio in universum jus, quod defunctus habuit tempore mortis*: quia mediante hæreditate hæres subintrat in locum defuncti, occupando omnia jura, & bona illius, ejusque Personam repræsentando: & cùm hæc subintratio in locum defuncti duobus modis fieri possit, alio ex testamento, & alio ex vi legis, seu ab intestato, ideò duplex est successio, duplexque est hæreditas, alia testamentaria seu ex testamento, & alia legitima seu ab intestato. Quæ ideò dicitur legitima, quia solo facto legis absque facto expresso hominis defertur, non quòd successio ex testamento, quia à lege confirmata est., *l.* 120. *de V. S.* Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 21. *n.* 9. non possit dici etiam legitima; sed in larga & generali significatione: Quoties enim de successione legitima loquimur, intelligitur de successione ab intestato, §. *sed Jus quidem Civile*, 2. *Inst. de Jure Naturali Gent. & Civili.*

3 Successio ab intestato sic definitur: *Actus legitimus, quò proximiori consanguineo hæreditas ab intestato defertur.* Quæ definitio comprehendit etiam successionem ab intestato Viri & Uxoris, quia licèt Uxor non sit consanguinea Viro realiter, tamen propter reverentiam matrimonij, & effectum illius, juxtà illud *Genes. cap.* 2. *Hoc nunc os ex ossibus meis, & Caro de Carne mea* & infrà: *Et erunt duo in Carne una*, Consanguinea reputatur. Et etiam fictione juris hæc definitio comprehendit successionem Patroni in bonis liberti ex leg. 12. tab. *prin. tit. Inst. de success. libertor.* Quia quamvìs Patronus non sit Consanguineus realiter liberti, tamen fictione, & præsumptione juris Patronus est quasi Pater, quia sicut Pater dat esse naturale filio, & vitam; sic Patronus dat esse Civile, & inæstimabile Liberto, utpote libertatem: Libertas enim res inæstimabilis est, *l. libertas ff. de reg. jur. l. unica in fine*

Cod.

Cod. de latina libertat tollenda, l. Paulus 39. §. 1. *de fideicommiss. libertatib.* Novella 78. *cap.* 2. *l.* 9. §. 2. *de Statu Liberis l.* 176. §. 4. *de reg. juris l.* 54. *ff. mandati juxta illud Poëtæ*

Non benè pro toto libertas venditur auro.

Antonius Faber *in pap. tit.* 3. *prin* 3. *illat.* 1. Oros. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 4. & lib. 1. *cap.* 10. *n.* 23. pluribus Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 6. *n.* 3. Cicero 3. *action. in Verrem*, Terentius in *Andro: in prin.*

Quod habui summum pretium, persolvi tibi
Scis feci te à servo, ut esses libertus mihi.

Inter Persas libertas vitæ anteponebatur, pluribus Tiraquellus in l. *si unquam*, verbo, *donatione largitus* n. 331. Idem Amaya *lib.* 2. *obs. cap.* 6. *n.* 7.

Nec tandem obstat, quòd deficientibus omnibus hæredibus, qui legitimum jus succedendi habent, Fiscus ex lege Julia caducaria in bona vacantia succedit, *l.* 1. *l.* 4. *& tot. tit. Cod. de bonis vacantibus*, *l.* 10. *Cod. de inofficioso testam. l. pen. Cod. de Præposit. Sacri Cubic. l. fin.* §. *si quis in furore*, *Cod. de Curatore furioso* &c. *l.* 6. §. *sed si fisco*, *ff. ad Trebellian. l.* 1. *in prin. ff. de successor. Edicto*, *l.* 4. §. *eadem ff. de fideicommiss. libertat. l.* 1. §. 2. *de Jure Fisci*, cap. *unico quæ sint regalia.* Cassiodorus *lib.* 5. *epist.* 24. & *lib.* 6. *epist.* 8. D. Garcias, Mastrillo *de Magistratibus lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 359. Alfar. *de officio Fisci*, *glos.* 20. *n.* 6. Sixtinus *de regal. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 31. Joannes Anton. Novar. *in Scholiis ad l. Vacantia*, *Cod. de bonis vacantibus*, Castillo *de tertiis cap.* 41. *n.* 150. aliis citatis D. Franciscus de Amaya *ad l.* 4. *Cod. de bonis vacantibus n.* 2. *&* 3. pluribus Antonius Pichardus ad tit. *de acq. hæredit. cap.* 5. Josephus à Santolaria *interp.* 10. *n.* 1. & Fiscus succedit ùt hæres *l.* 2. *C. de fiscalibus usuris. l.* 114. §. *qui intestatus* 2. *de legat.* 1. *leg. item* 20.

§. *aut Senatus*, *ff. de petitione hæreditatis*, ùt tenent Bartol. *in l.*[4]. *& 6. C. de Jure Fisci*, Tiraquell. *in tract. le mort.* 2. *p. declar.* 15. *n.* 20. relati à Peregrino *de Jure Fisci lib.* 4. *tit.* 3. *n.* 22. Surdus de alimentis *tit.* 8. *privil.* 59. & *tit.* 1. *q.* 31. Osualdus *ad Donel. lib.* 9. *cap.* 1. *lit. S.* & alij relati ab Amaya ad d. *l.* 4. *Cod. de bonis vacantibus n.* 8. & cùm Fiscus non succedat ex testamento in bona vacantia, debet à fortiori succedere ùt hæres ab intestato; sed Fiscus nullatenus est Consanguineus illi, in cujus bona vacantia succedit; cùm Fiscus sit ficta & imaginaria Persona: Ergò successio ab intestato non est actus legitimus, quô proximiori Consanguineo hæreditas intestati vel ab intestato defertur. Solutio hujus rationis dubitandi dependet ex declaratione quæstionis, an Fiscus succedat ùt hæres, vel jure hæreditario, vel non? In qua quæstione pro utraque parte militant textus, argumenta, & Authores, ùt videre poterit curiosus apud D. Franciscum de Amaya *in d. l.* 4. *C. de bonis vacantibus*, *à n.* 6. In quo mihi valdè placet distinctio, quam adduxêre Platea, Peregrinus & Hyeronimus de Cevallos *Commun. q.* 822. *n.* 12. relati ab Amaya ubi suprà n. 9. dicendo, quòd Fiscus multis modis potest succedere: Primò jure hæreditario: v. g. si ab aliquo est institutus hæres, & tunc non est dubium, quod ut hæres ex testamento succedit. Secundò Fiscus succedit in bona confiscata ob crimen, vel ut ablatâ hæreditate ab indigno, & tunc succedit Fiscus non per repræsentationem, sed per annichilationem Personæ, Mantica de *tacitis & ambig. Conventio. lib.* 12. *tit.* 18. *n.* 18. Trentacinq. *lib.* 1. *Var. tit. de Jure Fisci resol.* 2. *n.* 2. Fontanella *de pactis nuptial. clauf.* 3. *glos.* 4. *n.* 64. *tom.* 2. Tertiò: Succedit Fiscus in bona vacantia, in quibus non datur legitimus hæres, & tunc dicitur

citur succedere per occupationem, *l. fin. de bonis vacan.* Amaya ubi suprà n. 11. in quibus duobus ultimis casibus Fiscus non succedit ùt hæres, quia quamvis Fiscus teneatur ad omnia, ad quæ tenetur hæres, habeátque omnia remedia & actiones, quas habet hæres, *l. 2. Cod. de Fiscalib. usuris*, *l. 20. §. cui Senatus ff. de petitione hæreditatis*, tamen Fiscus non repræsentat Personam defuncti, nec fit una & eadem Persona cum illo, quòd requiritur ad hoc, ut aliquis jure hæredis, seu ut hæres succedat, juxtà Auth. *de Jurejur. à mort. præstan.* Circa hoc, & plures fiscales quæstiones ex hoc dependentes vide præter citatos ab Amaya *ad d. l. 4.* Barbosam *in leg. si constante* in fine, *§. fin. ff. solutô matrimoniô*, Peregrinum *de Jure Fisci lib. 3. tit. 1. an. 60.* Bajard. *ad Julium Clarum q. 78. n. 114.* Farinacium *de delictis & pœnis q. 34. n. 30.* Afflictum *decis. Neapolit.* 385. & ibi Ursillus, Cabedo *decis. Portugal. 81. u. 5. part. 2.* Regentem Sesse *decis. Aragoniæ 54. n. 13.* Franciscum Claper *in decis. Provinciæ, causa 2. q. 1. n. 5. & seq.* Surdum *de alimentis q. 31. tota*, Annæum Robertum *rer. judicat. lib. 4. cap. 16.* Molin. *de primog. Hispanor. lib. 1. cap. 24. n. 22.* & alios citatos à nostro Petro Joanne Fontanella *claus. 5. glos. 4. à n. 63. tom. 2.*

Visâ jam definitione successionis ab intestato, 5 intrat nunc excutienda quæstio, à quo jure sit introducta successio ab intestato, utrùm à Jure Gentium, àn veró à Jure Civili? in quo magna est varietas Authorum, quos citat Osualdus ad Donell. *lib. 9. com. cap. 1. lit. A.* Quidam, ùt Vaconius *1. declarat: cap. 15. n. 5.* Gomez *Var. p. 1. resol. cap. 1. n. 2. & 3.* dicunt, quòd successio ab intestato præcipué liberorum à Jure Naturali secundario, seu à Jure Gentium primævo introducta est, quæ sententia his sequentibus fundamen-

tis

tis muniri poteſt: Primò, quia hæreditas Patris filiis Jure Naturali debetur, *l. 7. ff. undè liberi*, *l. cùm ratio 7. de bonis libertorum*, pluribus Valentia *illus. 3. trac. 3. cap. 1. toto.* ùt alibi jam ſcripſi, & Jure Divino ex illo *D. Pauli ad Galathas*; *cap. 4. Si filius ergò hæres per Deum.* Secundò, propinquus Jure Naturæ ſuccedit ex communi affectione hominum, & propenſione ergà Agnatos potiùs quàm ergà exteros, quam natura ingeneravit: Ergò ſucceſſio ab inteſtato eſt de Jure Naturali, ſeu Gentium ſecundævo: Tertiò, quia ante Romanos, & anteaquam Roma ædificata fuiſſet, jam apud Gentes in uſu erat, & florebat ſucceſſio ab inteſtato: Apud Hebræos ſuadetur ex pluribus textibus Sacræ Scripturæ, ex *cap. 13. Genes.* ubi Abraham & Loth diviſerunt ſibi Avi ſui inteſtati hæreditatem, quod clarius deducitur ex *cap. 27. Numer.* ubi mortuo Salphaad abſque filiis maſculis ab inteſtato, comparuerunt in Judicio coram Moyſe filiæ Salphaad & cognati illius, petebántque filiæ hæreditatem Patris ſui inteſtati ſimul cum cognatis; reportata fuit cauſa ad Judices Populi Iſraël, & hæc lex ſtatuta fuit Populo: *Homo cùm mortuus fuerit abſque filio, ad filiam ejus tranſibit hæreditas; ſi filiam non habuerit, habebit ſucceſſores fratres ſuos; quòd ſi & fratres non fuerint, dabitis hæreditatem fratribus Patris ejus; ſi autem nec Patruos habuerit, dabitis hæreditatem his, qui ei proximi ſunt.* In quo textu non ſolùm ſucceſſio ab inteſtato cognita fuit, ſed etiam qualitas requiſita proximitatis gradus & agnationis: Demonſtratur etiam *ex cap. 25. Levitici* in illis verbis: *Et hæreditario jure tranſmittens ad poſteros.* Apud Græcos etiam fuit cognita ſucceſſio ab inteſtato: Ajax Telamonis apud Ovidium *lib. 13. Methamorphoſeos* petebat arma Achillis inteſtati tanquam agnatus illius ibi:

Nec

Nec tamen hæc series in causam prosit Achivi:
Si mihi cum magno non est communis Achile,
Frater eras, fraterna peto.

Et posteà *eodem lib.* 13.

Dummodóque fratres Telamon, Peliúsque fuerunt.
Ajacis meritum non sit, nec sanguinis ordo;
Sed virtutis honor spoliis quæratur in istis.
Aut si proximitas, primúsque requiritur hæres,
Est genitor Peleus, est Pirrhus filius illi,
Quis locus Ajaci?

Qui quidem Græci in bello Trojano, ut concordant omnes Poëtæ, fuerunt, anteaquàm Roma ædificata fuisset; ex quibus omnibus infertur, quòd successio ab intestato non fuit introducta à Jure Civili Romanorum, sed à Jure Naturali vel Gentium.

In contrariam opinionem surrexerunt Alexander Picenardus in rub. *Inst. de testament. pag.* 6. Antonius Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 2. Vazquius Menchaca *lib.* 3. *illus. Contro.* 100. *n.* 2. qui asserunt successiones ab intestato à Jure Civili Romanorum introductas esse. Quod prætendit fundare Antonius Faber his sequentibus rationibus. Prima, quia cùm hæres nihil aliud sonet, quàm herus seu Dominus §. *ult. Inst. de hæred. qualit. & different. leg. qui peccuniam* 21. *ff. de statu liberis l.* 19. §. *Pater ff. de Castrensi peculio l.* 1. *ff. de successor. edicto l. item mala* 11. §. *legis ff. ad leg. Aquilam. leg.* 11. *de liberis & posthumis l.* 1. §. 1. *ff. si quis testamento. Genes. cap.* 24. *Homerus in Odyssea*, Festus in verbo *hæres.* Giphanius *in rub. de acq. rer. dom. n.* 5. aliis Antonius Pichardus *de acq. hæredit. cap.* 2. *n.* 2. Plautus *in Bachid. actu* 4. *Scen.* 8. & in Mirtel: *actu* 1. *Scen.* 3. Vinnius *in rub. Inst. de hæredib. instit.* Jacobus Cujacius *lib.* 5. *obs. cap.* 10. & *lib.* 10. *cap.* 16. Fornerius 6

lib. 1. *declarat. cap.* 48. *n.* 5. Faber. *lib.* 4. *Conj. cap.* 5. *& lib.* 14. *cap.* 20. D. Melchior de Valentia *illus.* 3. *trac.* 1. *cap.* 1. *n.* 15. & Dominus non poſſit aliquis fieri à Jure Gentium, niſi per traditionem vel occupationem: Ideò ſucceſſio in hæreditate inteſtati non poteſt eſſe à Jure Gentium, ſed à Civili. Secunda, quia ſucceſſio ab inteſtato dicitur legitima hæreditas, & ſucceſſor legitimus hæres, quia à lege provenit. *l.* 1. *& tot. tit. ff. & Cod. de ſuis & legitimis hæred. l.* 130. *de V. S. leg.* 1. & 2. *ff. de petitione hæreditatis.* Tertia, quia à leg. 12. tab. (quæ eſt portio Juris Civilis) introducta fuit ſucceſſio ab inteſtato in illis verbis: *Si ſuus hæres non erit, proximus agnatus familiam habeto. l.* 2. §. *hæc hæreditas, ac ſeq. leg. Titius* 6. *ff. de ſuis & legitim. hæredib.* Quarta, quia aliàs filij emancipati ab inteſtato abſque Prætorio auxilio bonorum poſſeſſionis, *undè liberi*, poſſent ſuccedere; cùm filij emancipati à Jure Gentium, & naturali cogniti ſint. Quinta, qam ego addo, ex Juſtiniano in §. *hactenus fin. Inſt. per quas Perſonas nobis acquiratur, juncto* §. *fin. Inſt. de uſu & habitatione*, in quo §. *hactenus* inter modos acquirendi per univerſitatem à Jure Civili poſuit Juſtinianus ſucceſſionem ab inteſtato: Igitur hæc non eſt à Jure Gentium ſed à Jure Civili introducta.

7 In hac Authorum diſſenſione placet mihi illa communis conciliatio, quam adduxit Oſualdus *d. cap.* 1. *lib.* 9. *Com. lit. A*, quæ locum habet non ſolùm quoad ſucceſſionem ab inteſtato, ſed etiam quoad ſucceſſionem ex teſtamento, quoad Patriam poteſtatem, adoptionem, & alia fere Jura à Populo Romano introducta: Quod ſcilicet ſucceſſio ab inteſtato, ſi conſideratur quoad originem, & quoad rationem introductivam à Jure Gentium, ſeu à Jure Naturali eſt; & anteaquàm Roma-

Romani in orbem terrarum venissent, jam apud Hæbreos & Græcos in usu viguit successio ab intestato; imò si quod sentio libere possum dicere, Romani inter alias leges 12. tab. hanc legem de successione ab intestato à Græcis scilicet Lacedemoniis & Atheniensibus emendicârunt; ùt ex dictis n. 5. conjecturatur, & in hoc sensu rectè putant primæ opinionis Authores: At verò successio ab intestato quoad formam, & ordinem, seu modum succedendi à Jure Civili introducta est, & originem sumpsit, quia Jus Civile successioni ab intestato modum, determinationem, & definitionem, qui quibus præferendi sint, & quo ordine, dedit, & præstitit, sic Ranchinus *de successio. ab intestato* §. 1. *n.* 7. Vultejus *in prim. tit. de successio. ab intestato n.* 19. Froster. *lib.* 1. *de successio. ab intestato cap.* 12. *n.* 1. & ex illis Osualdus *ad Donell. lib.* 9. *com. cap.* 1. *lit. A.* Quòd magìs declaratur hoc exemplo: Justinianus *in* §. 2. *Inst. de patria potestate* dicit, quod quia nullæ aliæ Gentes (quamvis habeant Patriam potestatem) habent Patriam potestatem cum illis effectibus, eô modo, & sicut illam habent Cives Romani; Patria potestas est à Jure Civili; Ità similiter; quia nullæ aliæ gentes (quamvis uterentur successione ab intestato, ùt vidimus) non utebantur illa eo modo, cum illis qualitatibus, effectibus, & sicuti Cives Romani: hac de causa successio ab intestato quamvìs origine sit à Jure Naturali, dicitur introducta à Jure Civili: Hæc mente tenenda sunt, quia conducunt ad omnia Jura Civilia, quæ Populus Romanus sibi specialia habebat.

Quâ ratione & motivo successio ab intestato introducta fuit, superest, ut breviter inspiciamus. 8
Quæ nulla alia fuit, nisi quod cùm viderent Gentes Romanæ, seu lex 12. tab. quod multoties ho-

mines præcoci morte ſurrepti non poterant teſtamentum facere, & ſinè teſtamento decedebant, cùm in illo antiquo Kalatis Comitiis teſtamento ſolùm locus erat bis in anno ad condendum teſtamentum, ùt diximus ſuprà diſert. 3. aut quod teſtamenta multoties propter defectum ſolemnitatum nulla, irrita, rupta, ſeù falſa fiebant, quô caſu ſui aut agnati, quibus hæreditas jure & affectione, ſeù propenſione naturali debebatur, ad hæreditatem non poterant venire: Ideò fuit introductum hoc jus ſucceſſionis legitimæ, ſeù ab inteſtato, ut defuncti inteſtati hæreditas illis, quibus debebatur, deferetur: Aliter diſcurrunt aliqui, ùt Donellus *lib. 9. Com. Com. cap. 1. lit. B.* quòd ſucceſſio ab inteſtato fuit introducta, ad tacitam defuncti voluntatem procedentem, qui ex hoc, quòd noluit facere teſtamentum, voluit quòd hæreditas ſua ab inteſtato perveniret ad illum, qui eam ab inteſtato deberet habere, §. *Præterea inteſtatus, Inſt. de fideicommiſſ. hæreditatibus:* Huic rationi ego non acquieſco, cùm adæquata non ſit; quia in caſu, quo teſtator voluit facere teſtamentum, & non potuit, ſeu in caſu, quo jam teſtamentum fecit, ſed teſtamentum nullum, falſum, irritum, vel ruptum declaratum eſt, non poteſt conſiderari tacita & præſumpta voluntas defuncti volentis hæreditatem ſuam ad ſucceſſorem ab inteſtato pervenire. Undè primæ rationi ſtandum eſt: Hæc accipe circa rationem introductivam ſucceſſionis ab inteſtato, quæ Authores ſilentio prætermittunt.

9 In hac igitur ſucceſſione ab inteſtato prima cauſa eſt liberorum ſuorum hæredum, ità ut ſui hæredes, ſive filij, ſive nepotes primò locô ab inteſtato ſuccedunt ex illis verbis leg. 12. tab. *Si ſuus hæres non erit, proximus agnatus familiam habeto:* ità

ità habetur in §. *intestatorum* 1. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur l.* 2. §. *hæc hæreditas & seq. l. Titius* 6. *ff. de suis & legitimis hæredibus, l. nam etsi* 15. *ff. de inofficios. testam. l. scripto* 7. *ff. unde liberi. leg. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnatorum. leg. fin. Cod. quorum bonorum leg.* 50. §. 7. *ff. de bonis libertorum. l.* 2. *l.* 2. §. *fin. ff eod. l.* 9. §. *cum in bello ff. de rebus dubiis l.* 2. *Cod. de usucapio. pro hærede, l.* 1. *& tot. tit. Cod. de suis & legitim. liber.* §. 1. *in authen. de hæredib. ab intestato venient.* §. *sui, Inst. de hæred. qualit. & diffa.* §. *admonendi Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur. prin. tit. Inst. de legitim. agnator. successio.* §. *cæterum Inst. eod. prin. tit. Inst. de successio. cognator.* §. *repetitis Inst. de servili cognatione, prin. tit. Inst. de successio. libertor.* §. *sunt autem Inst. de bonor. possessio. prin. tit. Inst. de assignatione libertorum,* §. *sed hæc quidem vetustas, Inst. de exhæredat. liberor. & aliis* pluribus textibus Civilibus, quos brevitati consulens ommitto cap. *Raynutius cum vulgatis de testamentis cap.* 22. *numeror. cap.* 25. *Levitici D. Paulus ad Galathas cap.* 4. ibi: *Si filius, ergò hæres. Ausonius Adillio* 4.

Justa quidem series Patri succedere, verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Ovidius *lib.* 13. *Methamor.*

Aut si proximitas, primúsque requiritur hæres
Est Genitor Peleus, est Pirrhus Filius illi
Quis locus Ajaci?

Exornant hanc veritatem præter repetentes, & Instit. ad dictos textus Donellus *lib.* 9. *Com. cap.* 2. & ibi Osualdus *lit. N.* Antonius Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 4. *illat.* 3. Antonius Gomez. *Var. p.* 1. *cap.* 1. D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 7. *n.* 4. Jacobus Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 5. *n.* 2.

10 Ratio autem hujus veritatis multiplex eſt. Prima, quia cùm illi, qui ſunt potiores & anteriores in Jure præferendi ſint *l. Creditor. §. fin.* & *fere tot. tit. qui potiores in pignore.* Conducunt quæ tradit Antonius Gabriel. *de empt. & vendit. concl.* 2. *n.* 29. Mantica *de tacit. & ambig. conventio. lib.* 11. *tit.* 22. *n.* 23. Pacificus *de Salviano interdict. Impp.* 3. *cap.* 2. *n.* 469. *& ex eis Fontanella de pact. nup. claus.* 7. *glos.* 1. *p.* 2. *n.* 23. Sic mulier præfertur in ſua dote aliis creditoribus mariti tacitam ſolùm hypothecam habentibus etiam tempore prioribus, ùt ex *ſpeculatore Ripa Caſtrens. Bartol. Fulgos. & Salicet.* tenet Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 9. *n.* 3. Neguſantius *de pignor. p.* 2. *in* 4. *membr. n.* 89. Covarru. *lib.* 1. *Var. cap.* 7. *n.* 1. Guttierrez in *pract. quæſt. lib.* 3. *q.* 100. *n.* 5. & cum Senatus deciſ. Fontanella *tom.* 2. *de pact. nup. claus.* 7. *p.* 3. *an.* 1., & cùm filij ſui hæredes potiores & anteriores Jure ſint aliis extraneis in hæreditate Patris, cùm hæreditas Patris filio debeatur Jure Naturali, gentium Civili, Divino, & Communi Parentum voto *l.* 25. *ff. de inoff. teſtam. l.* 7. *ff. undè liberi l.* 3. *de bonis libert.* pluribus Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 1. ùt alibi ſcripſi: Hac de cauſa filij ſui hæredes primô loco in hæreditate Patris ſuccedunt, & præferuntur: Secunda ratio eſt, quia cum filij jam vivente Patre ſint Domini bonorum Paternorum, & eô mortuo continuent Dominium. *l.* 11. *ff. de liberis & Poſthum.*, ùt pluribus dixi diſſert. 4. n. 13. & 14. ideò mortuo Patre ab inteſtato filij ſui hæredes Patri ab inteſtato ſuccedunt. Tertia Parentum votum, & intentio debet eſſe, ut filios, quos in hanc lucem multis miſeriis expoſitos procreârunt, præſidiô bonorum munitos relinquant *l.* 50. §. 7. *in fine ff. de bonis libertor.* Oſualdus *ad Donell. lib.* 9. *cap.* 1. *lit. N.* Quarta, quia filij ſui pars & portio corpo-

ris

ris paterni sunt *l.* 21. Cod. *de agricolis & Censi.* Osualdus *dict. lit. N. ut dixi dissert.* 4. *n.* 5. Quinta: Quia cùm filij sui Personam Patris referant, & per eos memoria Patris conservetur *l.* 22. *in fin. ff. de V. S.* Froster *lib.* 4. *cap.* 12. *n.* 9. & 10. Gomez *varior.* 1. *cap.* 1. *n.* 4. *Osualdus ubi supra* hac de causa Parentum intestatorum hæreditas ad filios suos debet pertinere.

Non prætermittam in hoc aliquas difficulta- 11 tes, & breviter eas attingam: Prima: Quia filius adoptatus à Persona extranea cùm non transeat in potestatem adoptantis, non est ei suus hæres §. *sed hodie* 2. *Inst. de adoptatio. l. cùm in adoptivis* 10. *Cod. de adoptionibus*, sed filius iste adoptatus à Persona extranea succedit Patri adoptivo ab Intestato d. §. 2. *Inst. de adoptio.* §. *sed ea omnia*, *Inst. de hæredit. quæ ab intestato Leg.* 1. *pen.Cod. de adoptio*: Donel. *lib.* 2. *Com. cap.* 22. *lit. K.* Ergò datur aliquis filius, qui non est suus hæres, & tamen primo loco ab intestato succedit. Huic difficultati respondetur, quòd hoc de successione filij adoptati à Persona extranea in bonis Patris adoptivi ab intestato non procedebat de Jure antiquo, quô solùm filij sui hæredes ab intestato succedebant, sed solùm procedit ex nova Justiniani constitutione *in d. l.* 10. *Cod. de adoptio.* & §. *sed ea omnia Inst. de hæredit. quæ ab intestato*: Nam Justinianus videns quòd illa adoptio filijfam. facta à Persona extranea nullum effectum producebat, né inutilis videretur, constituit, quòd ad hæreditatem Patris adoptivi ab intestato venirent; Nec faciat difficultatem, quòd isti filij sic venirent ad hæreditatem Patris naturhlis, cui sunt sui hæredes, & ad hæreditatem alterius Patris adoptivi, quod Jus non admisit §. *at hi Inst. de hæredit. quæ ab intestato*; quia hoc indultum fuit speciali indulgentia Justiniani, & nova con-

constitutione, quod aliàs Jure antiquo Romanorum non concederetur.

12 Secunda difficultas est, quia filius exhæredatus, qui intenta querela, inofficiosi testamenti obtinet in querela reciso testamento succedit ab intestato, ùt certum est in materia inofficiosi testamenti *l.* 8. §. *quarta in fine*, & §. 16. *ff. de inofficioso testament.* & aliis. Sed filius exhæredatus non est suus hæres, cùm per exhæredationem suitas sublata & extincta sit *l.* 6. *ff. de injusto, rupto & irrito facto testamento l.* 1. §. *pen. ff. de suis & legitim. hæredib. l.* 20. §. 1. *ff. de contra. tab. l.* 9. §. 2. *de liber. & posthum. l. fin. undè legitim l.* 34. *Cod. de inofficioso. l.* 6. §. 5. *de acq. hæredit. leg.* 1. §. 5. *ff. de conjung. cum emancipato liberis*, ùt defendunt Donell. *lib.* 7. *Com. cap.* 2. *lit.* C. Vaconius *lib.* 3. *declarat.* 5. *a n.* 6. Goveanus *lib.* 1. *Var. lect.* 5. *n.* 16. Hotmannus 6. *obs.* 5. Cujacius *in l.* 18. *ff. de liber. & posthum.* & in *Novel.* 1. *p.* 1. Angelus Matheacius *lib.* 3. *epis. legator. cap.* 9. Ant. Rub. *tract. de inofficio testam cap.* 14. *n.* 12. & *seq.* Ergò aliquis succedit primo loco ab intestato, & non est suus hæres. Hæc ratio dubitandi petebat dissolutionem illius quæstionis, an per exhæredationem filij suitas extinguatur, & perimatur? In qua varij sunt D. D. Quidam suprà citati tenent, quòd per exhæredationem suitas sublata est: Alij ùt Hotmannus sibi contrarius 7. *obs. cap.* 10. Antonius Faber *lib.* 9. *conj. cap.* 20. Froster *p.* 2. *de success.* 18. *n.* 4. Treutl. 3. *vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 2. quos citat Osualdus *ad Donell. d. lib.* 7. *cap.* 2. *lit. C.* contrarium tenent suitatem non perimi per exhæredationem: Sed nullus usque adhuc melius hanc quæstionem tractavit, quam Doctissim. Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *toto*, cujus & Osualdi *ad Donell. d. cap.* 2. *lit. C.* placet Conciliatio, quod scilicet suitas extinguitur per exhæredationem, si

ex

ex testamento cum effectu sit adita hæreditas, ità ùt nulla testamenti rescissio sperari possit: Nàm cùm exhæredatio non possit vires habere vivo testatore, cujus nulla est hæreditas, nec hæreditatis ademptio *l.* 1. *ff. de hæredit. vel actio. vendit. l.* 25. *§. an nominatim l.* 27. *ff. de acq. hæredit.* Valentia *illus.* 3. *trac.* 3. *cap.* 4. *n.* 5. Vivo testatore non potest habere suum effectum exhæredatio; & cùm omnia in testamento scripta vires accipiant ab aditione hæreditatis, *leg.* 20. *§. sed cùm exhæredato de bonor. possessio. contra tab. l.* 12. *§. ex testamento ff. de bonis libert*: Hac de causa ad hoc, ut exhæredatio suas vires accipiat, requiritur, quòd sit adita hæreditas *l.* 20. *§. sed cùm exhæredato ff. de bonor. possessio. contra tab.* Valentia *d. cap.* 4. *n.* 5. Osualdus *d. lit.* C. Santolaria *interp.* 24. *n.* 1. Sed tamen cùm intentata quærela rescindatur testamentum, & retrofingatur, hæreditatem nunquam ab hærede fuisse aditam *l. qui repudians* 17. *§. ult. de inofficioso. testament.* Valentia *d. cap.* 4. *n.* 8. ideò aditâ hæreditate ab extraneo interim dum pendet controversia, & lis inofficiosi testamenti, suitas filij est in suspenso, & effectibus sopita, ità ut si filius obtinet in quærela, retrofingitur hæreditatem nunquam aditam fuisse, & filium semper fuisse suum hæredem. Valentia *d. n.* 8. & si filius vincitur in quærela, retrotrahitur etiam dies aditionis ad diem mortis, fingitúrque filij suitatem tunc extinctam esse, *l. hæreditas* 54. *ff. de acq. hæredit.* Valentia *d. cap.* 4. *n.* 6. *in fine*: Undè exhæredatio extinguit suitatem, si filius in quærela non obtinet, & si filius in quærela obtinet, per exhæredationem nullatenùs tollitur suitas, de qua quæstione ampliùs D. Melchior de Valentia *d. cap.* 4.

Sit tertia difficultas ex eo, quod dicitur *in* 13 *l.* 1. *§. sciendum. ff. de suis & legitim. hæredi.* ibi: *Quam-*

vis in suis successio non sit, quibus verbis denotatur, quòd in filiis suis hæredibus non datur successio: Quomodò igitur primô locô possunt ab intestato succedere, si in eis non datur successio, quæ est ratio formalis succedendi? Cui difficultati respondetur cum Antonio Pichardo *in rub. tit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur. n.* 7. Antonio Fa- Fabro *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 3. *vers. illud Postremò* quod illa verba dictæ leg. 1. §. *sciendum de suis & legitim. hæredibus* intelliguntur, quòd in suis non datur successio, seù successorium Edictum, quô uno suo, seu uno agnato repudiante alius suus vel agnatus venire ab intestato possit. §. *placebat Inst. de legitim. agnator. succession.* Non autem intelliguntur, quòd in suis non detur successio seu actus legitimus, quo hæreditas ab intestato eis deferatur, quia hoc esset contra notissimas & triviales regulas Jurisprudentiæ, ùt suprà est dictum.

14 Deveniamus jam ad quartam, & intricatam difficultatem ex leg. *defuncti* 6. *Cod. de legitim. hæredib.* cujus priùs scribamus literam textus: Sic enim scribunt Impp. Diocletianus & Maximilianus: *Defuncti suis exstantibus hæredibus, & abstinentibus vel repudiantibus hæreditatem, frater Jure Consanguinitatis succedere potest*: Quibus verbis denotant Impp. fuisse casum, quòd Pater aliquis defunctus fuit ab intestato, relictis filiis suis hæredibus, qui se abstinuerunt ab hæreditate, dubium motum fuit apud Impp., utrùm quidem Titius frater defuncti posset succedere ab intestato jure agnationis, seu consanguinitatis,& resolvunt Impp. affirmè. Quam decissionem sic pondero in d. *l. defuncti* 6. *Cod. de legitim. hæredib.* dabantur filij & frater defuncti ab intestato; sed hæreditas non filiis, sed fratri adjudicata fuit: Ergò in successionibus ab intestato non semper prima causa est liberorum.

Faci-

Faciliter quilibet putabit se ab hac difficultate 15
expedire, si dicat, quòd in *d. l. 6. Cod. de legitim. hæredib.* filij sui se abstituerunt ab hæreditate, seù hæreditatem Patris noluerunt, & sic frater potest venire in defectum filiorum, vel Jure Civili, vel Jure Prætorio, ùt putârunt magnus Cujacius *ad tit. ff. de successorio Edicto*, & Antonius Faber *de erroribus pragm. decad. 29. error.* 10. Quam solutionem multis rationibus infirmare novissimè conatur Bartholomæus *Chesius lib. 1. int. cap. 6. a n. 2.* quod nè actum agam, prætermitto. Ego tamen, si non viderem modernam Chesii solutionem feliciter admissam fuisse, ut salvaretur antiqua textus lectura, discurrerem, posse in d. l. 6. abstinentibus filiis fratrem ab intestato venire, quia jure antiquo licèt non daretur successorium Edictum de Persona in Personam, dabatur tamen de ordine in ordinem supposità introductione beneficij abstentionis: Sed tamen, quia video, Chesij solutionem communiter obtinuisse, eam amplectendo sileo.

Igitur Bartholmæus Chesius dicto *cap. 6. n. 20.* 16
sic solvit dictam difficultatem, corrigendo literam textûs, *defunctis suis exstantibus hæredibus & abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem frater Jure Consanguinitatis succedere potest.* Legendáque verba illa: *Defunctis suis* separata à sequentibus: *exstantibus hæredibus*; sicque conjungit verbum *defunctis* cum verbo *suis*, aliàs si legeretur secundùm antiquam lectionem, non deberet dicere textus: *Defunctis suis extantibus hæredibus* in plurali, sed *defuncto suis extantibus hæredibus* in singulari, cùm in d. l. 6. solummodò un[illegible] fuerit Pater defunctus. Et sic ego vidi in novissimis editionibus Pandectarum Florentinarum, & Lugduni: Quâ correctione supposita dicit Chesius, Casum illius leg. 6. fuisse, quòd

Pater mortuus fuit, & quòd sui hæredes etiam fuerunt defuncti, posteà hæredes in testamento instituti repudiàrunt hæreditatem, tunc certum est, quòd est locus successioni ab intestato destituto testamento, & quòd frater potest tanquam proximus agnatus defuncti ab intestato succedere: Sicque non sequitur, quòd filij sui hæredes si vivi sunt, non succedant primô locô ab intestato.

17 Sed non caret suis difficultatibus præfata solutio, quas tamen Chesius ipse dissolvere adlaboravit: Prima, quia *in d. l. 6. Cod. de legitim. hæredibus* illi filij cùm non fuerint instituti, fuerunt præteriti: Sed filio præterito, testamentum est nullum *l. 30. ff. de liber. & posthum.* ùt dixi suprà dissert. 4. n. 27. Ergò ex tali testamento nullo ob filij præteritionem frustra speratur repudiatio hæredum institutorum, ùt ait textus, atque, quod frater possit ab intestato venire, quia statim testamento nullo poterat ab intestato venire. Respondet Chesius n. 22. quòd *in d. l. 6.* filij sui hæredes fuerunt exhæredati, quòd quamvis lex non dicat, supponendum necessariò est, ùt in multis juris partibus supponitur *l. 8. §. si quis mortis ff. de inofficioso testam. l. cùm ex filio ff. de vulgari l. ex asse 52. ff. ad leg. falcidiam:* Sicque validum fuit testamentum. Secunda difficultas, quia illi filij sui aut mortui fuerunt vivo Patre, aut mortuo Patre, si sui mortui fuerunt vivo Patre, frustrà quærerent Imperatores, an frater posset venire, quia nec filij vivo Patre mortui, nec hæredes repudiantes possent ei obstare: Aut mortui fuerunt mortuô Patre, & tunc vel ante repudiationem hæredum institutorũ, vel post repudiationem, & tunc utroque casu filij illi obstarent fratri defuncti, cùm sui statim mortuo Patre ipso jure hæredes sint *§. sui Inst. de hæredit., quæ ab intestato* dixi suprà dis. 4. n. 18.

& quam-

& quamvis posteà moriantur, transmittunt hæreditatem ex potentia suitatis ad quoscunque hæredes, ùt ibidem dixi n. 20. Sicque supposito tali casu d. l. 6. frater ab intestato non potest venire. Cui difficultati ex eisdem principiis respondetur, quòd illi filij sui non mortui fuerunt vivo Patre, sed mortuô Patre, antequàm hæredes instituti repudiarent hæreditatem; Sed tamen quia fuerunt exhæredati, & per exhæredationem suspensa suitas, non potuerunt ipso jure fieri hæredes Patris, nec quærelam adhuc præparatam ad hæredes transmittere (si fortè habebant) quia posteà repudiantibus hæredibus institutis non datur Persona, contra quam intentetur quærela; sicque à fortiori frater ab intestato, destitutô testamento, per repudiationem hæredum debebat succedere.

18 Tertiò, dubium movet adversùs excogitatam solutionem, dùm inquit n. 22. ipse Chesius: Si sui fuerunt exhæredati, & per exhæredationem tollitur suitas ùt suprà n. 12., cur illi filij ab Imperatoribus sui nominantur? Cui dubio satisfacit Chesius quòd exhæredati antè aditionem hæreditatis (quo tempore nondum extincta, sed suspensa & sopita est suitas, ùt dixi d. n. 12.) interim dicuntur sui, quia sui possunt existere repudiata hæreditate, & in d. l. 6. quando filij vivebant, adhuc ab hæredibus extraneis non erat adita hæreditas, cùm posteà repudiaverint. Quartò urget ipse Chesius, quòd illa verba *& abstinentibus, vel repudiantibus hæreditatem* non possunt intelligi de hæredibus institutis; quia hæredes instituti in d. l. 6. erant extranei, sed hæredes extranei non dicuntur abstinere; Cùm abstentio sit propria suorum hæredum, & non extraneorum §. *sui Inst. de hæredum qualitat. & different. l. quæ neptis* 98. *ff. de acq. hæredit. l.* 30. §. 11. *&* 12. *ff. de fideicommiss. libertat.*

 Petrus

Petrus Gregorius *Sintag. p. 3. l. 46. cap. 4. n. 2. & cap. 6. n. 2.* Cujacius *in Paratit. ad tit. Cod. de abstinenda vel repudianda hæreditate*, & *lib. 26. ff. Salvij Juliani ad leg. 42. de acq. hæredit.* Faber *decad. 50. error. 8. n. 17.* Donellus *lib. 7. Com. cap. 2. lit. T.* Valentia *illus. 3. trac. 3. cap. 2. n. 2.* Pichardus *de acq. hæredit. cap. 7. n. 5. & 6.* Ergò in d. l. 6. illa verba: *& abstinentibus* vel *repudiantibus* hæreditatem non possunt intelligi de institutis hæredibus.

29 Hanc tamen difficultatem nedum fautores sententiæ Chesij solvere deberent; sed etiam Authores alterius opinionis: Nàm quomodo illa verba: *Hæredibus extantibus, & abstinentibus vel repudiantibus hæreditatem* possunt intelligi in sententia istorum de suis hæredibus, si sui non dicuntur repudiare hæreditatem, sed abstinere? Cui tamen satisfacit Chesius ipse n. 22. duabus solutionibus. Prima, quòd sicuti sui latè & impropriè dicuntur repudiare. *l. quæro §. fin. ff. de testam. tutela l. 2. Cod. de legitim. hæredib. l. 2. Cod. si minor. ab hæredit. l. fin. Cod. de repudian. vel abstinend. hæredit.* ità similiter extranei hæredes impropriè & latè dicuntur abstinere *l. Lucius Titius ff. de fideicommiss. libertat.* Secundò, quòd illa dictio *vel* stat correctivè, & non copulativè ità ut sensus sit: *hæredibus extantibus abstinentibus, id est repudiantibu..* Tertiam solutionem ego addo, quòd in aliquo casu extranei dicuntur abstinere, scilicet, quando minor 25. annis per aditionem jam habet jus quæsitum in hæreditate, si posteà petit restitutionem in integrum, & vult omittere hæreditatem, non potest dici repudiare, cùm repudiatio non sit de jure quæsito, sed quærendo; tunc enim dicitur abstinere *l. 7. §. 5. 9. & 10. leg. 31. ff. de minorib. l. 98. de acq. hæred. l. 2. de successor. Edicto l. 10. §. 10. ff. quæ in fraudem Creditor.* Faber *decad. 50. error. 8. n. 17.*

Hæc

Nec tamen omninò acquiescere possum præfatæ Chesij correctioni, quoniam obstare videtur eademmet litera textus: Nam si lectura Chesij, & intelligentia de filiis suis mortuis, & extraneis repudiantibus, esset de mente Impp., non locuti fuissent Impp. dicto modo: *Defunctis suis, extantibus hæredibus, & abstinentibus vel repudiantibus hæreditatem, frater jure consanguinitatis succedere posset.* Sed sic: *Defunctis suis, & extantibus hæredibus abstinentibus vel repudiantibus frater hæreditatẽ jure consanguinitatis succedere potest.* & Imperatores, qui fuerunt tam soliciti ponendi conjunctionem ibi: *Et abstinentibus*, ubi non est necessaria, posuissent eam ibi: *Et extantibus*, ubi ad separandam clausulam, & tollendam æquivocationem necessaria erat. Secundò, quia supposità correctione & specie Chesij nullum dubium poterat oriri, cur frater proximus agnatus ab intestato fratri defuncto non succederet, sicque frustranea esset dubitatio, & indagatio Impp., quæ ex antiquo jure jam erat satis nota. Tertiò, quia cùm in titulo Cod. *de legitim. hæredibus* quæratur de successione ab intestato, & in d. l. 6. nulla fiat mentio de facto testamento, quòd erat necessarium, cùm Impp. respondeant secundùm species & casus sibi propositos, non potest admitti fuisse in dicto textu hæredes institutos, qui repudiârunt hæreditatem. Quæ quidem dubitandi rationes non adeò sunt levis momenti, ut Chesii correctioni absolutè subscribam; sed de hac difficultate jam satis. 20

Quarta difficultas sit ex leg. *qui se Patris fin. Cod. undè liberi*, quàm Bartholomæus Chesius *lib. 1. int. cap. 8.* difficiliorem reputat, quàm legem 6. *Cod. de legitimis hæredibus*: Ponamus casum dictæ *leg. fin. Cod. undè liberi*: Quidam avus habens filium in potestate, & ex eo nepotem emancipatum, 21

mor-

mortuus fuit ab inteſtato, poſteà mortuus fuit filius, & tandem nepos negabat ſe eſſe hæredem Patris ſui, nolebátque ejus hæreditatem, volebátque avi hæreditatem adire, dubitatum fuit, utrùm poſſet? & reſpondent Impp. negativè, niſi in caſu, quò per bonorum poſſeſſionem potuerit ad tale beneficium pervenire. Hæc eſt deciſio; hæc ponderatio: Si filius ſuus hæres ab inteſtato ſuccederet primò locò, & quidem ſtatim in inſtanti mortis Patris ipſo jure §. *ſui* 3. *Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtat.* ſuprà *diſſert.* 4. *n.* 18. *in d. leg. fin.* filius ille ſuus ſtatim, & in inſtanti, quo mortuus fuit avus, ei fuiſſet hæres, & hæreditas avi conjuncta cum ſua hæreditate; & facta una; ſicque à nepote non poſſet ſeparari hæreditas avi ab hæreditate Patris *l.* 1. *&* 2. *de acq. hæredit.* Valentia *epiſtola* 5. *exercitat.* 6. *n.* 18.; ſed aiunt Impp. in fine *d. leg. fin.* quòd per bonorum poſſeſſionem poteſt nepos negando ſe hæredem Patris ſeparare hæreditatem avitam à Paterna hæreditate: Ergò filij non ſuccedunt primò locò ab inteſtato.

22 Adlaboravit quærere, atque deducere Antonius Faber *de errorib. pragm. decad.* 29. *error.* 7. ex tex. d. *leg. fin. Cod. undè liberi*, filium fuiſſe ſuum, & nepotem emancipatum; ſed maximus animus Bartholomæi Cheſij *lib.* 1. *interp. cap.* 8. & præcipuè a n. 8. generaliter intelligit d. leg. fin. de quolibet filio, ſivè ſuo ſivè emancipato, & de quolibet nepote tam ſuo, quàm emancipato, quod non poteſt nepos ſeparare hæreditatem avi ab hæreditate Patris poſt confuſionem: Solùm tota difficultas conſiſtit in explicanda exceptione d. leg. *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hujuſmodi beneficium pervenerit*, de quo caſu intelligenda ſit: & dicit Cheſius, quòd dicta exceptio intelligenda eſt, de caſu, quò filius erat emancipatus, & nepos erat

ſuus

ſuus hæres avo, quo caſu nepos poteſt repudiare hæreditatem Patris, ſi eſt inſtitutus, & bonorum poſſeſſionem undé liberi ab inteſtato, & accipere hæreditatem avi: Sed adhuc ex alio capite eadem pullulat difficultas: Si nepos erat ſuus hæres avo, & filius erat emancipatus, quomodo poteſt primò hæreditas avi pervenire ad filium, & cum ejus hæreditate conjungi, anteaquàm ad nepotem ſuum perveniat? Nam ſi hoc eſt verum, etiam ſequitur, quòd ſui hæredes non ſuccedunt primô loco, ſed quòd primò ſuccedunt emancipati: Audias ſolutionem Cheſij d. *cap.* 8. magìs explicatam: Pro qua ſupponendum eſt d. l. fin. in exceptione verbi *nisi* intelligendam eſſe ſuppoſito Jure Prætorio, quô emancipati ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantut, & ſuppoſitô Edicto Prætoris *de conjungendis cum emancipato liberis*, quô filij emancipati ſimul cum nepotibus ſuis veniunt pro dimidia ad avi hæreditatem ab inteſtato: Quo Edicto de conjungendis cum emancipato liberis nepos veniebat in d. l. fin. ad dimidiam hæreditatis per bonorum poſſeſſionem Prætoris, & filius ejus Pater ad aliam dimidiam: Sed dices, quomodo illa portio hæreditatis, quæ fuit acquiſita à filio per bonorum poſſeſſionem ex parte Edicti *de conjungendis cum emancipato liberis* poteſt poſteà pervenire ad nepotem, ſi fuit jam conjuncta cum hæreditate filij, quam nepos repudiavit? Cui dubio reſpondeo cum Cheſio, quòd dicta Exceptio legis fin. intelligenda eſt de caſu, quo Pater, aut repudiavit bonorum poſſeſſionem, aut morte præventus agnoſcere non potuit, quibus caſibus nepoti accipienti aliam partem accreſcit *l. ſi quis filium* §. *fin. ff. ſi tabul. teſtam. nullæ exſtabunt*, & ſic in hoc caſu, quo non fuit conjuncta hæreditas avi cum hæreditate patris intelligenda eſt dicta lex in exceptione Verſiculi:

D *nisi*

nisi per bonor. possessionem &c., quod in alio casu repudiationis filij sui, vel emancipati non potest intelligi obstante successorio edicto, quod olim non admittebatur ante Justiniani Constitutionem: Alia apud Chesium d. *cap.* 8.

23 Sexta exurgit nunc difficultas ex leg. *Si hæredem Quintiniani* 10. *Cod. de inofficioso testament.* in quo tex. talis fuit species: Quidam testator Paterfam. Civis Romanus mortuus fuit instituto hærede extraneo in testamento, filióque exhæredato, & deficiente hærede instituto, Fiscus bona tanquam vacantia occupavit, dubitatum fuit apud Impp. utrùm filius ille exhæredatus possit intentare quærelam inofficiosi testamenti contra Fiscum? Cui dubio decisio lata fuit in *d. l.* 10. affirmativa, filium contra Fiscum posse movere quærelam inofficiosi testamenti: Hæc est decisio Impp. quam sic pondero: In d. *leg.* 10. *Cod. de inofficioso testam.* habemus filium suum hæredem, qui quamvis fuerit exhæredatus, suitas tamen non fuit sublata per exhæredationem; Cùm hæreditas non fuerit adita, sed bona tanquam vacantia ad Fiscum pervenerunt, ùt dicit textus; Sed ille filius suus hæres non succedit ab intestato; Sed Fiscus habet bona vacantia, & filiùs debet cum Fisco litigare de inofficiositate testamenti. Ergò filij, seu sui hæredes non succedunt primo loco ab intestato. Hanc legem pro aliis difficultatibus, licet non pro hac ponderârunt Authores præcipuè Josephus à Santolaria *interp.* 24. *tota* Et relictâ solutione Accursij, quæ minùs plausibilis est, triplex potest huic difficultati solutio adhiberi: Prima, quòd in *d. l.* 10. *Cod. de inoffic. testam.* hæreditas fuit adita ab hærede instituto, sicque exhæredatio aditione fuit confirmata, posteà hæredes instituti decesserunt nullis relictis hæredibus, & Fiscus bona ùt vacan-

tia occupavit: Undè cùm in dicto casu filius ille non posset venire ab intestato ad successionem, quia ejus suitas erat suspensa, & sopita exhæredatione confirmata per aditionem hæreditatis, solùm ei remedium superest, cùm bona vacantia transeant ad Fiscum cum sua causa, & onere, quòd possit quærelam inofficiosi testamenti intentare. Nec valet oppositio Josephi à Santolaria d. *inte.* 24. *n.* 4. dicentis, quòd cùm per aditionem hæreditatis confundantur bona, & hæreditas non dicatur ampliùs defuncti, sed hæredis, cujus facta fuit *l.* 1. *de separatio. l.* 10. §. *si filius ff. de vulgari l. Procurator* 89. *de acq. hæredit.* Pichardus *ad tit. de acq. hæredit. cap.* 5. non potest in d. l. 10. dici, quòd bona Quintiniani pervenerunt ad Fiscum tanquam vacantia, sed deberent dicere Impp. quòd bona hæredum Quintiniani ùt vacantia ad Fiscum pervenerunt: Quia respondetur, quòd in sensu improprio illa bona jam possunt dici Quintiniani bona, id est, bona, quæ olim fuerunt Quintiniani; & hoc, quia cùm in d. leg. 10. quæstio esset, an filij Quintiniani haberent quærelam contra Fiscum, ideò Impp. voluerunt illa bona nominare bona Quintiniani. Quæ solutio supradicta fuit Doctissimi Valentia *illus.* 3. *tract.* 1. *cap.* 3. *n.* 18. Secunda solutio est Josephi à Santolaria *d. interp.* 24. *n.* 5. dicendo, quòd in d. *l.* 10. fuit adita hæreditas ab hæredibus Quintiniani, sicque filij suitas impedita à successione ab intestato; Sed tamen posteà hæredes Quintiniani minores per beneficium restitutionis ab hæreditate abstinuerunt eô modô, quo dixi suprà n. 19. Undè cùm non inveniretur hæres, Fiscus bona ùt vacantia occupat, & filio conceditur quærela inofficiosi testamenti. Adversùs quam tamen tres proponit difficultates idemet Santolaria n. 6. & eas latissimè

dissolvit. Tertia solutio est, quòd in d. *l.* 10. hæredes instituti à Quintiniano in testamento adierunt hæreditatem, & sic filio suitas quoad successionem impedita; attamen posteà propter delictum hæredum bona fuerunt confiscata, & ad Fiscum pervenerunt: Undè solùm potest filio superesse remedium querelæ. Nec obstat, quòd in d. l. 10. bona Quintiniani dicantur vacantia, & non confiscata, quia bona confiscata etiam lato modo vacantia dicuntur; Cùm ille, qui Crimen Læsæ Majestatis commisit, præsumatur sinè hæredibus decessisse, cùm illius memoria damnetur, & hæreditas ab hæredibus etiam filiis auferatur. §. *per Contrarium Inst. de hæredit. quæ ab intestato. cum vulgatis*: Sicque in d. l. 10. filij non potuerunt primo loco succedere ab intestato, sicuti in d. §. *per Contrarium*, filij condemnati Crimine Perduellionis, quæ est alia exceptio à regula generali. De qua exceptione Donellus & Osualdus pluribus locis & præcipuè *lib.* 2. *Com. cap.* 9. *lit. B.* Retes *de donatio. cap.* 8. *n.* 24. Solorsano *de paricid. lib.* 2. *cap.* 10. *pag.* 156. *&* *de* Jure Indiar. *lib.* 1. *cap.* 14. *ex n.* 17. & pluribus *embl.* 73. *à n.* 29. pluráque concordantia Sacræ Scripturæ invenies apud Gratianum *in cap. Ecclesia* 11. §. *sic & navicula Jonæ* vers. *item parvulos. Caus.* 1. *q.* 4. pluribus Amaya *lib.* 2. *obs. cap.* 6. *à n.* 47.

24 Alij adducunt contra dictum §. *Intestatorum Inst. de hæredit., quæ ab intestato* tex. in *l.* 1. §. *si sit filius pen. ff. de conjungendis cum emancipato liberis*, ubi filius suus solus non admittitur primò locô ab intestato, sed simul cum emancipatis: Quæ difficultas parùm facit, cùm talis tex. intelligatur suppositâ introductione Edicti Prætoris *de conjungendis cum emancipato liberis*, quod suprà latiùs explicavi dissert. 4. Nec similiter obstat tex. *in l.* 10. *Cod. de bonis* Pro-

Proscriptorum, ubi filij ab inteſtato non ſuccedunt in totam hæreditatem, quia in d. *l.* 10. *Cod. de bonis Proſcriptorum* loquuutur in cauſa ſpeciali de illis, qui propter aliquod delictum pœna Capitali condemnantur, in quo caſu Impp. cauſa puniendi delictum, & cauſa Fiſcum, ſeu Ærarium Principis locupletandi, conſtituerunt, quòd in ſucceſſione condemnati Crimine Capitali dimidia pars ad filios ſuos, & dimidia pars ad Fiſcum pertineret.

Deveniamus jam ad differentiam noſtri capitis inter filios ſuos, & emancipatos, quæ eſt, quòd filij ſui, ùt jam vidimus, primo loco ab inteſtato ſuccedebant: Flij autem emancipati Jure Civili inſpecto ad ſucceſſionem Patris ſui ab inteſtato nullatenus admittebantur, ùt habetur in §. *emancipati Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtato deferuntur* §. *emancipatos* 3. *Inſt. de exhæredat. liberor. l.* 6. §. 1. *ff. de bonor. poſſeſſio. l. capitis* 11. *ff. de ſuis & legitim. hæredib. l. tutelas ff. de capite minutis* §. *extraneus Inſt. de hæred. qualit. & different.* & alij citati ſuprà diſert. 4. n. 57. tenent præter Claſicos & Inſtituiſtas. ad dictos tex. Donellus 9. *Com. cap.* 2. *lit. C.* & ibi Oſudus Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 2. D. Franciſcus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 17. *n.* 3. Joſephus à Santolaria *int.* 4. §. 1. *n.* 7. Bartholomæus Cheſius *lib.* 1. *int. cap.* 8. *n.* 6. & *cap.* 10. *n.* 5. plura Andreolus *in Controverſiis Controvers.* 287. & 288. 25

Ratio decidendi eſt, quia leg. 12. tab. & Jure Civili ſolùm illi veniunt ab inteſtato, qui vel ſunt ſui hæredes, vel agnati juxta illa verba leg. 12. tab. *Cui ſuus non extabit hæres, proximus agnatus familiam habeto. l.* 2. §. *hæc hæreditas. l.* 6. *ff. de ſuis & legitim. hæredib.* ſed filius emancipatus neque eſt ſuus hæres, neque agnatus, cùm emancipatione, & Patria poteſtas, quæ eſt fundamentum ſuitatis, & agnatio diſſolvatur §. *extraneus cum vulgatis de* 26

hæred. qual. & diffā. út dixi suprà disert. 4. n. 15. §. *præterea Inst. quib. mod. Jus Patriæ potestat. solvitur l. cum bonis ff. de acq. hæredit. l. capitis* 11. *ff. de suis & legitim. hæredib. l. tutelas ff. de capit. minutis §. fin. Inst. de legitim. agnator. tutela. l. si genero* 26. *Cod. de jure dotium* Vivianus in §. *emancipati* Inst. *de hæredit. quæ ab intestato deferuntur.* Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 2. Ergò filij emancipati Jure Civili legis 12. tab. non succedunt Patri ab intestato. Secunda ratio decidendi est, quia lex 12. tab. deferebat & dabat successionem ab intestato propter augmentum & splendorem familiarum, quem semper præ oculis habuit, út exornat Antonius Faber *in pap. tit.* 8. *prin.* 1. & exornavi suprà dissert. 4. n. 58. sed filius emancipatus non auget, neque splendorem affert familiæ, cùm per emancipationem fiat Paterfamilias, suámque familiam acquirat de novo *l. pronunciatio* 195. §. 1. *ff. de V. S.* Faber *in pap. tit.* 12. *prin.* 10. *illat.* 1. & ego d. n. 58.: Ergò filij emancipati lege 12. tab. non succedunt Patri ab intestato. Alias rationes decidendi (nè jam scripta repetam) ad hoc applicabiles videre potes suprà dissert. 4. an. 58.

27 Et relictis omnibus argumentis circà successionem filij emancipati testamentariam adductis in prædata dissert. 4. an. 60. quæ faciliter hic applicari possunt, discutiamus dubitandi rationes adversùs prædictam filiorum emancipatorum exclusionem à successione Patris sui ab intestato Jure Civili attento, quarum prima est, quia filiæ fœminæ sivè non nuptæ, sivè jam nuptæ Patri suo ab intestato primo loco succedunt §. *cæterum* 3. *Inst. de legitim. agnator. success.* §. *sed. hæc quidem vetustas* 5. *Inst. de exhæredat. liberor.* út probavi suprà diss. 4. n. 46. sed filia fœmina non auget, neque splendorem infert familiæ, sed est caput & finis familiæ leg. *pro-*

pronunciatio 195. §. 2. *ff. de V. S.* Ergò quamvis filij emancipati non augeant, neque illustrent familiam, succedent Patri suo ab intestato. Hanc rationem faciliter dissolves dicendo, quòd ratio tota adæquata, propter quam filij emancipati non succedunt Patri ab intestato, non est quia non augent, neque decus afferunt familiæ; sed juncta cum alia, quia non sunt sui hæredes, neque agnati. Filiæ autem fœminæ licèt non augeant neque illustrent familiam, sunt tamen sui hæredes, & agnatæ, & sic possunt Patri lege 12. tab. ab intestato succedere.

Secunda ratio dubitandi est, quia successiones 28
ab intestato debent esse reciprocæ *l.* 4. *ff. Unde Cognati l.* 14. *Cod. de legitim. hæredib. leg.* 4. *ff. vulgari.* Froster *lib.* 7. *cap.* 1. Petrus Gregorius *lib.* 45. *Sintag. cap.* 10. *a n.* 1. Osualdus *ad Donellum lib.* 9. *cap.* 3. *lit. A.* Antonius Pichardus *lib.* 3. *Inst. Justin. tit.* 1. *cap.* 1. §. 7. *n.* 12. Sed Pater succedit leg. 12. tab. ab intestato filio emancipato, quem contractâ fiducia emancipavit §. *ad legitimam fin. Inst. de legitima agnator. successione* §. *præterea Inst. quib. modis Jus Patriæ potestatis solvitur l.* 2. §. *objicitur ff. ad S.C. Tertulianum. l.* 2. *Cod. eodem. l.* 4. *Cod. ad S.C. Orphitianum. l.* 11. *Cod. de suis & legitim. liberis.* Donellus & Osualdus *lib.* 9. *Com. cap.* 3. *lit. A.* Ergò etiam filij emancipati debent leg. 12. tab. Patri ab intestato, seu ad legitimam hæreditatem succedere. Respondetur huic difficultati, quòd illa regula juris, quòd successiones ab intestato debent esse reciprocæ, & mutuæ, intelligitur, quoties in utroque capite, & ex parte utriusque eadem ratio militat; Secùs autem in casu, quo pro utraque parte diversa militat ratio, quòd junctim in nostro casu observatur; Nàm ratio, propter quam Pater, qui contractâ fiduciâ filium emancipavit,

 suc-

succedit ab inteſtato, eſt, quia Pater iſte conſequebatur Jus Patronatûs ſuper filium, & Patronus leg. 12. tab. liberto ab inteſtato ſuccedebat, ut ſic explicantes dictum §. *ad legitimam Inſt. de legitim. agnator. ſucceſſ.* tradunt *Hotmannus*, *Balduinus & reliqui Inſtit.* ad d. §. Donellus 2. *Com. cap.* 7. Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 10. *illat.* 4. Budæus *in l.* 2. *de Orig. Juris.* Cujacius *ad lib.* 2. *Sent. Pauli tit.* 13. §. *ult. de legitim. agnator. ſucceſſ.* Rævardus *lib. de Authorit. Prudent. cap.* 5. Roſinus 9. *antiquit. cap.* 5. & alij citati à D. Joſepho Ferdinandez de Retes *l.* 1. *opuſc. cap.* 11. *n.* 6. *in fine*: Quæ ratio Juris Patronatûs cùm non militet in filio in ordine ad Patrem: Ideo Pater ſuccedit tanquam Patronus leg. 12. tab. filio contractâ fiduciâ emancipato, non autem filius emancipatus Patri Juri Civili ab inteſtato ſuccedit.

29 Tertia difficultas ex celebri Juris Conſulti Ulpiani reſponſo in leg. *Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inofficioſo teſtamento* deducitur, ubi ponitur ille difficilis caſus, quòd Pater quidam, qui ſolùm in ſuo Patrimonio ſervos habebat, inſtituto filio omnibus ſervis libertatem legavit, & cum falcidia libertates non minuat, & inſtitutus non habeat quærelam, filius ſuus in dicto caſu omni remedio remanet deſtitutus: ſi autem (dicit Conſultus) filius eſt emancipatus, poterit ille filius emancipatus omittere hæreditatem, & ad ſubſtitutum transmittens, quærelam inofficioſi intentare, vel citrà pœnam Edicti, *ſi quis ommiſſa cauſa teſtamenti*, habere hæreditatem ab inteſtato: De hac legis Contingentia novem difficultates ponderavit doctiſſimus Joſephus à Santolaria *int.* 4. §. 1. & 2., & præcipuè circà noſtrum caſum hanc ponderavit difficultatem in §. 1, n. 8. In d. *l.* 8. §. *quarta* in fine textus habemus filium emancipatum, ſeù non

non existentem in paria potestate; Sed dicit Consultus, quòd iste filius emancipatus omittendo hæreditatem ex testamento, potest succedere, seu habere hæreditatem Patris ab intestato. Ergò filij emancipati Patri suo ab intestato succedunt. Dissolutio difficultatis facilis est, ùt tradit Santolaria *d. n.* 8. quod in *d. l.* 8. §. *quarta*, quando dicitur, quòd filius emancipatus omissa hæreditete ex testamento, potest eam habere ab intestato, non intelligitur inspecto Jure Civili, sed attento Jura Prætorio, quo filij emancipati jam succedunt, ùt posteà videbimus. Facilis est solutio; Sed urget Santolaria in d. §. *n.* 8. nàm in d. *l.* 8. §. 9. quandò Consultus dicit, quòd filius emancipatus potest omissa causa testamenti habere hæreditatem ab intestato, non intelligitur de Jure Prætorio, sed de rigoroso Jure Civili; Consultus namque *in d. l.* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inofficiosa testam.* contradistinguit, & ponit differentiam inter filium emancipatum, & suum, quòd scilicèt filius emancipatus omissa hæreditate ex testamento potest locum facere substituto transferendo ad eum hæreditatem, & intentare contra eum quærelam, & quòd suus hæres non potest hoc facere; Sed de Jure Prætorio filius suus jam potest omittere hæreditatem ex testamento per beneficium abstentionis, & ad substitutum vulgarem transmittere. *l. necessariis* 57. *ff. de acq. hæredit.*, ùt pluribus probat Antonius Pichardos *in lectur. de vulgari cap.* 6. Ergò non intelligitur, nec loquitur Consultus Ulpianus *in d.* §. *quarta* de Jure Prætorio, sed de Jure Civili: Sicque semper infertur filium emancipatum Jure Civili ab intestato succedere. Secundò quia filius suus Jure Prætorio potest omittere testamentariam successionem & ab intestato possidere hæreditatem *l.* 1. §. *qui sunt in*

potestate ff. si quis omissa causa testam. leg. si filius 23. ff. eod. Santolaria *int.* 4. §. 1. *n.* 9.: Ergò supradicta diferentia Consulti de filio suo, & emancipato non potest procedere Jure Prætorio, cum isto Jure æquales sint, sed Jure Civili; Et per consequens filius emancipatus Jure Civili ab intestato succedet. Quibus difficultatibus respondet idem Santolaria *d. int.* 4. §. 2. *n.* 15. quod Ulpianus, ùt diximus, *in d. l.* 8. §. 9. loquitur de Jure Prætorio, & non de Jure Civili; & quod filius suus etiam Jure Prætorio potest omittere hæreditatem testamentariam, & ab intestato succedere: sed non stat in hoc differentia, quam ponit Consultus inter suum & mancipatum, sed in hoc alio, quòd filius emancipatus omittendo hæreditatem ex testamento, & transmittendo ad substitutum, vel ab intestato posidendo, potest frui & habere suam integram quartam; Non autem filius suus quartam potest habere aliquo ex dictis modis non omissa hæreditate, transmittendo eam ad substitutum, & intentando quærelam, quia filius suus non potest abstinendo, hæreditatem ad substitutum vulgarem transmittere, quia filius suus statim à morte Patris est suus *l.* 1. §. *qui sunt in potestate ff. si quis omissa causa testam. l.* 11. *de lib. & posthum.* §. *sui* 3. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato*, nec suus abstentus desinit esse hæres *l.* 30. §. *sed si suus ff. de fideicomiss. libertat.* Santolaria *int.* 10. *n.* 8. & cum substitutio vulgaris exspiret in instanti, quo aliquis hæres exstitit *l. post aditam.* 5. *Cod. de impub. & aliis substit.* hac de causa non potest suus omittendo per abstentionem hæreditatem ex testamento in substitutum transmittere, ùt latè Santolaria *d. int.* 4. §. 2. *n.* 11. Nec obstat, quòd communiter dicitur suitatem tolli per dationem substituti vulgaris: quia hoc est falsum. Nam ùt ait Santolaria *d. n.* 11. nec suitas

tas, nec necessitas filij tollitur per vulgarem substitutionem, & substitutus vulgaris solùm potest admitti in casu impotentiæ, & non in casu noluntatis, Santolaria *d. n.* 11. non deinde potest filius suus perfrui quarta, omittendo per abstentionem hæreditatem ex testamento, & possidendo ab intestato; quia cùm filius suus, etsi abstineat, remaneat hæres *l.* 30. §. *sed si suus ff. de fideicommissar. libert.* & nuda sui hæredis existentia omnia in testamento scripta confirmentur, ùt docent Bartol. *in l.* 2. *de vulg.* Cujacius *lib.* 3. *qq. pap. in leg. si filius* 12. *ff. eodem* Otomannus *lib.* 9. *obs. cap.* 10. Donellus *lib.* 6. *Com. cap.* 25. *lit. V.* ex leg. 41. *& seq. ff. de acq. hæredit.* & ibi Olualdus Faber *de error. decad.* 32. *error.* 1. *n.* 10. Petrus Gregorius *l.* 42. *Sintag. cap.* 20. *n.* 9. Velascus *tom.* 1. *consult.* 54. *n.* 7. latè Gaspar Schifordigerius *lib.* 2. *trac.* 2. Duarenus *ad tit. de pupillari cap.* 14. *fol.* 391. Trentacinquius *de subst. p.* 2. *cap.* 5. Vincentius Cabot. *lib.* 2. *disp.* 22. (licèt non desint, qui contrariam teneant. Hotmannus sibi contrarius 4. *obs.* 26. Goveanus *ad l.* 2. *de vulg. n.* 28. Alciatus *in l.* 12. *ff. eod. n.* 11. Faber 2. *Conj. cap.* 2. :) Josephus à Santolaria *int.* 10. *n.* 2. hinc est, quòd in d. l. 8. §. 9. licèt filius suus abstineat, nuda sui existentia jam fuerunt confirmatæ libertates in testamento datæ, & cùm libertas semel competens revocari non possit §. *semel autem Inst. Quib. ex causis manumittere non liceat*, & in Patrimonio testatoris solùm darentur servi, omnes fuissent ex testamento manumissi d. l. 8. §. 9. ideò filius suus nec possidendo ab intestato potest sua frui quarta; Quæ omnia cùm non militent in filio emancipato, potest omissa ex testamento hæreditate, & Jure Prætorio ab intestato succedens suam quartam habere.

30 Sed tamen quamvis filij emancipati Jure Civili seu lege 12. tab. non succederent Patri ab intestato, hoc tamen secùs fuit de Jure Prætorio: Nam Prætor videns nimiam subtilitatem, & rigorem Juris Civilis, quô filij emancipati ad successionem ab intestato non admittebantur, hunc rigorem temperavit, correxit, & mittigavit, constituendo, quòd filij emancipati ad successionem Patris admitterentur dando illis bonorum possessionem undè liberi. Undè exiit regula, quòd filii emancipati Jure Prætorio ab intestato Patri succedunt: ità habetur in §. *emancipati 9. Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur* §. *emancipatos* 3. *Inst. de exhæredat. liberor.* ùt aliis textibus & Authoribus dixi in disse. 4. n. Adde Aquilinum in *l. Gallus* 29.
31 §. *& quid si tantùm vers. quid si n.* 75. *ff. de liber. & posthum.* Cujus ratio decidendi Prima fuit, quia æquitate & jure naturali (quam semper præ oculis Prætor habet l. *quod in ephesi ff. quod certo loco*) filij emancipati tam filij sunt, sicut filij sui in potestate recenti. Secunda, quia Prætor rescindit emancipationem filij emancipati, & capitis diminutionem, illum in pristinum statum reponendo, & in Patris potestatem, ac si fuisset suus ùt dicit Justin. in §. *emancipati Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur, l.* 6. §. 1. *de bonor. possessio. l.* 3. §. 5. *de contra tabulas*, quæ latiùs adducta sunt in differt. 4. n.
32 Contra hanc regulam jam adductæ fuerunt, & resolutæ difficultates suprà differt. 4. quæ nè acta agam non repeto; solùm in præsenti addo textum in leg. *filium emancipatum* 60. *ff. de acq. hæreditat.* in quo tex. talis fuit casus: Pater aliquis filium emancipatum hæredem instituit, & ei servum cum libertate vulgariter substituit, filius emancipatus putans Patrem suum non potuisse facere testamentum, eò quia furiosus fuerit, repudiavit,

diavit, seu omisit hæreditatem ex testamento; & ab intestato per bonor. possessionem *unde liberi* possedit hæreditatem, dubitatum fuit, apud Juris-Consultos Romanos, posset ille emancipatus ab intestato succedere, Consultus fuit Labeo celebris Juris Consultus; & respondit, quòd si probaretur Patrem sanâ mente fuisse, cùm testatur, filium ex testamento hæredem esse; Sed Jabolenus, Paulus, & Proculus improbata sententia Labeonis deciderunt filium illum emancipatum privandum esse hæreditate, eamque ad substitutum pertinere. Hæc est decisio Consultorum, quam sic pondero: Quia in *d. l.* 60. *ff. de acq. hæredit.* habemus filium emancipatum, sed iste non succedit Patri ab intestato, ut asserit textus, nec potest Jure Prætorio Patris intestati hæreditatem possidere. Ergò filius emancipatus non succedit Jure Prætorio ab intestato. Nec satisfacit solutio aliquorum *ad d. l.* 60. quòd filius emancipatus non potest succedere Patri ab intestato, quia adivit hæreditatem ab intestato, sicque repudiavit ex testamento; Undè non potest ex intestato esse hæres, quia datur testamentum, & substitutus, neque ex testamento, quia ex eo repudiavit. Eò quia filius emancipatus rectè potest omittere hæreditatem ex testamento, & ab intestato possidere leg. *Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inofficioso*, quod etiam possunt facere sui *l.* 1. §. *qui sunt in potestate ff. si quis omissa causa testam.* Santolaria *int.* 4. §. 1. *n.* 9.

Undè melior solutio, quam hucusque vidi hujus difficultatis fuit hæc, quod quamvìs verum sit, 33
quòd error facti nemini noceat, secùs error juris, seu ignorantia *l.* 8. *l.* 9. *in prin.* & §. 5. *l.* 4. *ff. de juris & facti ignorantia l.* 31. *ff. de usucapionibus l. error.* 9. *Cod. ad l. Falcidiam l. cum quis Cod. de Juris & facti ignorantia*, pluribus Donellus *lib.* 1. *Com. cap.* 18. & ibi Osual-

 dus

dus, aliis Fontanella *de pactis clauſ. 4. glos. 2. p. 1. n. 14. & 15.* tamen error facti permixtus cum culpa, vana confidentia, & ſecuritate cuilibet nocet; & cùm in *d. l. 60. ff. de acq. hæredit.* filius emancipatus licèt erraverit in facto, putando Patrem ſuum furioſum fuiſſe, erravit tamen culpa, vana ſecuritate, & negligentia, eò quia ille filius non debebat opponere de nullitate teſtamenti: Quis enim nisi vanus & furioſus ſit, pronunciabit nullum teſtamentum, in quo ipſe eſt inſtitutus hæres? Quâ de cauſa in *d. l. 60.* Conſulti reſponderunt filium illum emancipatum privandum fore hæreditate Patris ab inteſtato, eámque ad ſubſtitutum transferendam.

34 Supradicta igitur antiqua differentia inter ſuos & emancipatos, quòd ſui jure Civili & jure Prætorio ſuccedebant; emancipati autem ſolùm jure Prætorio, & non jure Civili, ſublata fuit ab Imperatore Juſtiniano in *leg. fin. §. cùm igitur Cod. de legitim. hæredibus*, & in *Novella* 118. ſivè *Authentica de hæredib. ab inteſtato venientibus cap. 4. verſ. nullam verò Collat. 9.* conſtitutúmque, quod antiqua differentia patriæ poteſtatis, & emancipationis ſublata ſit, pluribus D. Joſephus Vela *diſſert. 11. an. 69.* noſter Jacobus Cancer. *Var. p. 1. cap. 5. num. 3.* Et quamvis omnes Authores conveniant, quòd differentia patriæ poteſtatis & emancipationis eſt ſublata quoad ſucceſſionem ab inteſtato, diſſentiunt tamen quoad ſucceſſionem ex teſtamento; ità ut noſter Cancer *Var. p. 1. cap. 10. n. 12.* Communem dicens defendit adhuc facto teſtamento remanere antiquas differentias patriæ poteſtatis & emancipationis: hæc tamen ſententia expreſsè falſa convincitur ex *§. ſed hæc quidem vetuſtas Inſt. de exhæredat. liberor. l. maximum vitium Cod. de liber. præteritis*, ubi quoad ſucceſſionem teſtamentariam, & inſtitutionem, vel exhæ-

exhæredationem adæquantur filii sui & emancipati ùt suprà dixi dissert. 4. n. fin. quæ differentia suorum & emancipatorum solùm est sublata quoad successionem, ut emancipati jure Civili absque auxilio Prætoris Patri ab intestato succedant; non tamen est sublata differentia, quoad modum succedendi, qualitatem & prærogativam suitatis, & sic emancipatus non obstante dictâ differentia sublata non succedit ùt suus, nec transmittit hæreditatem non agnitam sicut sui ad quoscunque hæredes, ut contra plures tenet D. Josephus Vela *dissert.* 11. *à num.* 69. Hæc de successione legitima filii emancipati, quia alia ad hoc concernentia dicta sunt latissimè in *dissert.* 4.



DISSERTATIO VI.

De Successione Filii emancipati in adoptionem dati ad intelligentiam Justiniani in §. at hi 9. & seqq. Inst. de hæred. quæ ab intestato deferuntur.

1. *Commendatur difficultas Capitis.*

2. *De quibus filiis in adoptionem datis loquamur in præsenti.*

3. *Explicaur* §. Sed hodie 2. Inst. de Adoptionibus.

4. *Qualiter succederent filiifam. à Patre suo in adoptionem dati.*

5. *Nostrum Caput procedit de bonorũ possessione* unde liberi *ab intestato* & contra tabulas *ex testamento.*

6. *Casus Capitis, & tres illius Contingentiæ.*

7. *Filii arrogati Patri Arrogatori ab intestato, & ex testamento succedunt.*

8. *eun-*

8. *Enodantur lex* 51. §. 1. ff. de Legatis 2. l. 56. ff. de conditione & demonstratione.

9. *Explicatur lex* 8. de injusto, rupto, & irrito &c.

10. *Enodatur lex* si arrogator 22. ff. de Adoptionibus.

11. *Explicatur lex* filio. 23. ff. de liber. & Posthū.

12. *Cur filii adoptivi non prosunt Patri ad excusationem tutelæ.*

13. *Proponitur difficultas ex prin. tit. & §. 1. Inst.* de Successione libertorum.

14. *Filii adoptivi an excluderent Patronum in successione liberti.*

15. *Enodatur lex* debitor. 40. §. 1. ff. de pignoratitia actione.

16. *Explicatur* §. sed ea omnia Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur.

17. *Filii emancipati in adoptionem dati, dum sunt in adoptiva familia, non succedunt Patri naturali ab intestato.*

17. *Rationes decidendi.*

19. *Admittebantur à Prætore ut cognati.*

20. *Explicatur illa regula, quòd veritas prævalet fictioni.*

21. *Enodatur noviter* §. sed ea omnia Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferentur

22. *Proponitur difficultas ex* §. qua de causa 1. vers. prodesse Inst. de Successione libertor.

23. *Eviscератur l.* adversùs 30. ff. de inofficioso testamento.

24. *Adducitur explicatio leg.* 8. §. in adoptione ff. contra tabulas *& aliorum textuum.*

25. *Explicatur lex* 3. §. si quis filio 7. ff. de bonorū possessionibus contra tabulas.

26. *Explicatur lex* 39. ff. de bonis libertorum.

27. *Aperitur & dissolvitur difficultas* leg. 1. §. is. quoque 14. ff. de Collatione bonorum.

28. *Explicatur* §. impuberi ejusdem legis 1. ff. de Collatione bonorum.

29. *Incipit explicatio leg.* 14. §. fin. in fine ff. de contra tabulas.

30. *Qui dicantur filii derelicti à Patre.*

31. *Utrùm filii derelicti habeant præteriti contra tabulas, sicut emancipati.*

32. Sol-

32. *Solvitur difficultas pro nostro casu.*

33. *Utrùm filius derelictus à Patre habeat contra tabulas in ordine ad Avum.*

34. *Et an ex decreto ad utriusque Patris & Avi contra tabulas admittatur.*

35. *Explicatur lex* 8. §. si filium ff. de contra tabulas.

36. *Alii plures textus enodantur.*

37. *Filii adoptivi emancipati à Patre adoptivo nullatenus ei succedunt.*

38. *Explicatur* §. minus ergò Inst. de hæreditatib. quæ ab inteſtato deferuntur.

39. *Ponderantur rationes dubitandi.*

40. *Explicatur* §. ergo I. in fine Inst. de nuptiis.

41. *Arrogatus impubes sine justa causa emancipatus habet quartam ex Constitutione Divi Pii in bonis Patris arrogatoris.*

42. *Filii adoptati emancipati à Patre adoptivo Patre vivo naturali succedunt Patri naturali.*

43. *Rationes decidendi.*

44. *Proponitur argumentum ex leg.* 14. §. filiusfam. ff. de contra tabulas.

45. *Rejicitur solutio Chesii.*

46. *Nova ponderatur solutio.*

47. *Proponitur fortissima ratio dubitandi.*

48. *Explicatur intelligentia illius regulæ, quòd ultima voluntas non potest dependere ab alieno arbitrio.*

49. *Explicatur ultima contingentia casûs nostri capitis.*

50. *Proponuntur rationes dubitandi.*

51. *Filii emancipati mortuo Patre naturali à Patre adoptivo non succedunt Patri naturali & rationes decidendi.*

52. *Solvuntur tres rationes dubitandi.*

53. *Omnia supradicta jure novo non sunt correcta.*

I.



OMnia, quæ suprà diximus Differt. 5. antecedenti circà successionem inteſtati à jure Prætorio filii emancipati parvas difficultatum nubes habebant, majorem difficultatem ha-

habet successio Prætoria ab intestato filii emancipati in adoptionem dati,seu arrogati,quam quia tam difficilem, tum propter intricatas difficultates, tum propter paucos Authores, qui de hac materia scripserunt, subjicere tibi volui in hac Differt. 6. post successionem filii emancipati.

2 Pro quo imprimis advertendum erit, quod quando nos in hac Differt. & Justin. in §. *at hi Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur*, loquimur de filiis emancipatis in adoptionem datis, intelligitur de filiis emancipatis arrogatis, seu qui se in arrogationem dederunt; quia cùm emancipati sint personæ sui juris, & arrogat o ad differentiam adoptionis specificæ sit de Persona sui juris §. 1. *Inst. de Adoption. l.* 1. *ff. eod.* Pichardus in *lib.* 1. *Instit. ad tit. de Adoption. in Com. ad l. si arrogator.* 22. *ff. de adoption. n.* 2. *& seq.* Donellus *lib.* 2. *Com. cap.* 22. *&* 23. & ibi Osualdus, Faber in *pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 9. D. Josephus Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 21. *n.* 7. ideò de filiis emancipatis arrogatis in hac Differt. 6. est nostrum intentum & difficultas.

3 Si autem aliqua scire volueris circa successionem ab intestato filii alieni juris, qui à Patre suo alteri datur in adoptionem, distinguere debes, an iste filius detur à Patre suo in adoptionem personæ conjunctæ, aut personæ extraneæ. Jure enim antiquo filiusfam. datus in adoptionem sive personæ conjunctæ sive extraneæ, liberabatur à potestate Patris sui naturalis, & transibat in potestatem Patris adoptivi, ut insinuare videtur Justin. *in* §. *sed ea omnia* vers. *invenimus ff. de hæred. quæ ab intestato deferuntur*, & legisse recordor, apud Vinnium in §. *sed hodie* 2. *Inst. de adoption.* quod jure antiquo nulla erat difficultas, quia cùm isti filiifam. à quolibet Patre sive conjuncto sive extraneo adoptati essent, illi sui hæredes, ab intestato isti filiifam. Patri suo ado-

adoptivo succedebant, sive soli essent, sive cum aliis filiis legitimis & naturalibus ex regula §. *intestatorum Inst. de hæredit. quæ ab intestato* supra Dissert. 5. n. 9. explicata. Sed derogato jure antiquo Digestor. Justinianus in suo Codice posuit novam Constitutionem in leg. *cùm in adoptivis* 10. *Cod. de Adoptionib.* quâ constitutum, quòd quòd si filiifam. dabantur in adoptionem à Patre naturali personæ extraneæ, quòd jura Patris naturalis minimè dissolvebantur, & quòd iste filius non transibat in potestatem Patris adoptivi, sed in sacris Paternis Patris naturalis remanebat: si verò Pater naturalis filium suum dabat in adoptionem personæ conjunctæ (personam conjunctam non intelligimus in præsenti agnatum vel cognatum, sed ascendentem v.g. Avum vel Proavum maternum vel paternum) in hoc casu; quia in eadem persona Avi vel Proavi concurrebant duo vincula, unum naturale, & aliud civile, & duo vincula fortius ligant, quàm unum, filius ille familias desinebat esse in potestate patris sui naturalis, & transibat in potestatem patris adoptivi: sic habetur in §. *sed hodie* 2. *Inst. de Adoptions l. cùm in adoptivis* 10. *Cod. de adoption.* Donellus *lib.* 2. *Com. cap.* 22. *lit. k.* & ibi Osualdus, Pichardus in §. *pœnales* 12. *Inst. de Action. n.* 31. *& in* §. *quædam* 20. *Inst. eod. tract. de Collation. art.* 2. *num.* 28.

Undè in casu, quo filiusfam. datur in adoptionem à Patre naturali personæ conjunctæ, cùm in isto casu filius adoptatus sit suus hæres Patri adoptivo, & in illius potestatem transeat, illi succedit, út suus hæres ab intestato, §. *intestatorum* 1. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*: Patri autem suo naturali non succedit ab intestato, cùm jam habeat suum jus suitatis in alia familia: in casu autem quò filiusfam. detur in adoptionem à Patre suo naturali personæ extraneæ, major est difficultas à

in hoc casu non est dubium, quòd iste filius datus in adoptionem Patri suo naturali succedit, quia cùm remaneat in ejus potestate, suus hæres ei est. §. *intestatorum* 1. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*: solùm difficultas est, an talis filius adoptatus succedat Patri extraneo adoptivo, cùm ei non sit suus hæres, nec in illius potestate, & sic secundùm regulas Juris Communis non poterat Patri adoptivo succedere: sed tamen in hoc fuit edita nova Justiniani Constitutio in *l.* 10. *Cod. de Adoption.* quâ fuit cautum, quòd iste filius adoptivus Patri illi adoptivo extraneo succedat, ac si esset suus hæres, & inter suos hæredes. *d. l.* 10. *Cod. de Adoption.* §. *sed hodie* 2. *Inst. eod.* §. *sed ea omnia, Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, & ratio, quâ motus fuit Justinianus fuit duplex. Prima, quia aliàs dicta adoptio esset frustranea, cùm nullum effectum produceret. Secunda, quia posset esse contingens casus, quo filius utrâque successione Patris naturalis per adoptionem, & Patris adoptivi per emancipationem privaretur, si in istius potestatem transiret: undè melius Imperatori visum fuit, quòd remaneret in potestate Patris naturalis, & quòd Patri adoptivo ab intestato solùm, & non ex testamento succederet, de qua speciali Constitutione & indulgentia dixi aliqua supra dissert. 5. num. 11.

Nota etiam, ut ad propositum deveniamus, quòd omnia, quæ dicemus de filio emancipato arrogato, seu in adoptionem dato, non solùm intelliguntur in ordine ad bonorum possessionem *undè liberi* ab intestato; sed etiam in ordine ad bonorum possessionem contra tabulas in successione testamenti, quia eadem ratio, quæ militat pro una, etiam militat pro alia, quô explicabitur non solùm textus in §. *at hi*, sed etiam text. in §. *eadem Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, & in §. *adoptivi* 4. *Inst.*

Inst. de exhæredat. liberor. de quibus duabus bonorum possessionibus simul loquar, ut brevior sim, & ad altiora deveniam.

6 Figuremus igitur speciem nostri capitis, & Justiniani in § *at hi Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur:* Pater aliquis legitimus, & naturalis filium suum emancipavit, qui quidem filius emancipatus se dedit in adoptionem, seu arrogationem Titio, dubitat Imperator Justinianus, & nos dubitamus, cui Patri succedat ab intestato iste filius emancipatus in adoptionem datus, an succedat ab intestato Patri suo adoptivo, & an succedat ab intestato Patri suo naturali? In quo casu seu specie tres diversæ facti contingentiæ evenire possunt. Prima. si Pater naturalis moritur, dum filius emancipatus est in adoptiva familia: secunda, si Pater naturalis moritur tempore, quô filius emancipatus datus in adoptionem jam est emancipatus vivo Patre naturali à Patre adoptivo: & tertia, si Pater naturalis moritur, & post illius mortem filius emancipatus datus in adoptionem emancipatur à Patre adoptivo: Hæc sunt tres Contingentiæ, circa illas specialiter discurramus.

7 In prima Contingentia, quando scilicet Pater naturalis moritur, dum filius emancipatus est in adoptiva familia, non est dubium, si quæramus de successione istius filii emancipati arrogati in ordine ad Patrem arrogatorem, seu adoptivum, quòd talis filius Patri adoptivo ab intestato succedit, & quòd à Patre adoptivo tenetur in testamento necessariò institui vel exhæredari, aliàs testamentum præteritione erit nullum §. *intestatorum* 1. §. *sui autem* 2. *Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur l.* 1. §. *suos ff. de suis & legitim. hæredib.* §. *adoptivi* 4. *Inst. de exhæredat. liberor. l.* 1. §. *si filius ff. de ventr. in possess. mittendo l.* 1. §. *in eo ff. ad S. C. Syllanianum*

 §. 1.

§. 1. *Inst. de legitim. agnatorum successione. prin. tit. Inst. de adoptionibus* §. 1. *Inst. quib. mod. testam. infirmentur l.* 8. *ff. de injusto rupto, & irrito facto testam. l.* 23. §. 1. *ff. de liber. & Posthumis l.* 10. §. *ad substitutos ff. de vulgari & pupillari.* Cajus in Inst t. *lib.* 2. *tit.* 3. §. *si quis.* Donellus *lib.* 6. *Com. cap.* 16. *lit. I.* & ibi Osualdus Antonius Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 1. *illat.* 1. *& illat.* 22. Ratio est, quia filius, qui se dat in arrogationem transit in potestatem Patris arrogatoris, & ei fit suus hæres *prin. tit. Inst. de adoptionib.* §. *sui Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur.* Faber *d. illat.* 1. *&* 22. Secunda, quia idem operatur fictio in casu ficto, ac veritas in casu vero *l.* 1. *de adoptionib. l.* 14. §. *sed. si quis l.* 44. *ff. de excusat. tutor. l. pen. & ultim. ff. jure aureor. annulorum. l. unic. in prin. Cod. de rei uxoriæ actio.* cum vulgatis Everardus *loco* 123. *n.* 4. Mantica *de Conject. lib.* 11. *tit.* 18. *n.* 41. Gonzales *ad regul. Cancellar. reg.* 8. *glos.* 51. *n.* 28. aliis Vela *differt.* 6. *n.* 10. sed filij à natura progeniti ab intestato Patri succedunt §. *intestator. Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur,* & debent necessariò à Patre institui vel exhæredari, aliàs est nullum testamentum. *prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor.* Ergò etiam filij arrogati Patri arrogatori. Tertiò, quia Pater arrogator per arrogationem acquirit universaliter omnia bona, quæ fuerunt filij arrogati *prin. tit. Inst. de acquisitio. per arrogationem* §. *hactenus fin. Inst. per quas Personas. l.* 2. *ff. de fundo dotali leg. si adoptavero* 16. *ff. de præcario, Authent. ingressi. Cod. de Sacrosanctis Ecclesiis.* Donellus *lib.* 6. *Com. cap.* 1. *lit.* 1. & ibi Osualdus, Valentia *illus.* 1. *tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 6. Undè cùm secundùm naturam, qui sentit commoda, incommoda etiam sentire debet *l.* 10. *ff. de reg. jur.* Sequitur, quòd filius arrogatus debet succedere ab intestato Patri arrogatori, & dicere nullum testamentum, si in eo præteritus sit.

Sed

Sed cùm nihil tam verum sit, quod per hoc aliquam difficultatem non patiatur, audi circà has quæ occurrunt. Et prima sit ex leg. *ità quis* 52. §. 1. *ff. de legatis* 2. ubi: Titio fuit relicta tertia pars bonorum sub conditione, si liberos haberet, qui quidem filios adoptavit, & decidit Consultus: non deberi legatum, cùm non sit purificata conditio: Quod sic pondero: Si filij adoptivi essent filij, & nomine liberorum continerentur, ille cui relicta est tertia pars bonorum sub conditione, habendo filios adoptivos consequeretur legatum, cùm jam esset purificata conditio, ex illa regula, quòd idem operatur fictio in casu ficto, ac veritas in casu verò; Sed hoc negat Consultus Ulpianus *in d. l.* 51. §. 1. *ff. de legat.* 2. Ergò filij adoptivi non sunt filij, nec nomine liberorum continentur, nec debent institui vel exhæredari à Patre arrogatore, nec ab intestato etiam succedunt; Quia si non sunt filij, nec sui hæredes esse possunt, cùm filiatio sit qualitas subjectiva, & fundamentum suitatis §. *sui Inst. de hæred. qual. & diffe.* §. *sui* 2. *Inst. de hæreditat. quæ ab intestato*; Simili modò ponderatur tex. in leg. *fideicommissum* 56. *ff. de Condit. & demonstrat.* ubi aliquis fuit gravatus de restituenda hæreditate, si sinè liberis decesserit, & decedente gravato cũ filiis adoptivis nihilominus fideicomisso locus est. Cui difficultati respondetur cum Fabro in *pap. tit.* 11. *prin.* 4. *illat.* 11. *n.* 12. quòd in *d. ll.* 51. §. 1. *de legat.* 2. *&* 56. *de Condition. & demonstration.* filii adoptivi non faciunt deberi legatum, & cessare, seu extingui fideicommissum; non quia non sint filii, nec sui hæredes, ùt vidimus suprà; sed quia in d. legibus testator, quando posuit conditionem: *si sinè liberis* intellexit de liberis naturalibus, & non de adoptivis, eò quia in conditionibus verba naturaliter, & non fictè sunt intelligenda *l.* 44.

l. Mæ-

l. Mævius 55. *ff. de condition. & demonstration.* (cujus subsequens est nostræ lex *fideicommissum* 56.) *l.* 77. §. *ult. ff. ad Trebellianum. l.* 68. *ff. de Solutionib.* vel quia si dicta conditio intelligeretur de liberis adoptivis, esset in manu legatarii purificare conditionem legati, & in manu fiduciarii exstinguere fideicommissum, cùm in manu illius esset filios adoptare, quod nunquam præsumitur voluisse testatores. *l.* 2. *ff. de eo, quod certo loco l.* 17. *ff. de adoptionibus:* Undè hæc est causa, cur in dictis textibus illa conditio: *si sinè liberis* vel *cum liberis decesserit*, non intelligitur de filiis adoptivis. Sic Faber. *d. illatio* 11. *&* 12. cui adde nostrum D. Antonium Achacium de Ripoll. *in tract. de condition. & demonstration.* ad legem *cùm avus* 102. *ff. de Condition. & demonstration. num.* 257. doctissimè eôdem modô difficultatem explicantem.

9 Secunda dubitandi ratio oritur ex leg. 8. §. *certum est ff. de injusto rupto & irrito facto testam.* ubi dicit Consultus, quòd adoptione vel arrogatione filii vel filiæ arrogatæ testamentum rumpitur, quam legem licèt videris suprà pro concordanti adductam, audi nunc contrariam regulæ ponderationem: si filii adoptivi præteriti dicerent nullum testamentum Patris arrogatoris, sicuti filii sui per regulam, quòd idem operatur fictio in casu ficto, ac veritas in casu vero, ea quæ dicuntur de filiis, & filiabus naturalibus, & legitimis deberent dici de filiis & filiabus adoptivis: Sed hoc est falsum; quia in *d. l.* 8. dicitur, quòd filia arrogata rumpit, seu dicit nullum testamentum Patris arrogatoris, & filia sua naturalis & legitima non dicit nullum præterita Patris testamentum, *prin. tit. Inst. de exhæredat. liberor. vers. sed non* ità ùt dixi dissert. 4. an. 33. Ergò filii arrogati præteriti non dicunt nullum Patris arrogatoris testamentum. Cui difficultati cum Vinnio in §. *adoptivi* 4. *Inst. de exhæredat. liberor. n.* 1. re-

reſpondetur : quòd quamvis filia ſua naturalis & legitima jam nata præterita non dicat nullum Patris teſtamentum, tamen filia ſua poſthuma naturalis & legitima præterita rumpit Patris teſtamentum, cùm cenſeatur præterita per oblivionem, ùt dixi ſuprà diſſet. 4. n. 48. Ità ſimiliter, nè ſit melioris conditionis filia ficta arrogata, quàm filia vera naturalis, ſi filia jam erat adoptata ſeu arrogata antè factum teſtamentum, ſi prætereatur, non dicit nullum teſtamentum arrogatoris, ſed habet jus accreſcendi ad certam portionem eadem ratione, quâ de filiabus naturalibus diximus ſuprà diſſ. 4. ar. 33. ſi autem filia arrogata arrogetur poſt factum teſtamentum, cùm ſit quaſi poſthuma, nè cenſeatur per oblivionem præterita, rumpit Patris arrogatoris teſtamentum §. 1. *Inſt. quibus modis teſtamenta infirmentur*, & de hac in hoc caſu loquitur *d. l.* 8. *ff. de injuſto rupto & irrito facto teſtamento.*

Tertia difficultas ſit ex textu in *leg. ſi arrogator* 10
22. *ff. de adoptionibus*, in quo textu ponit caſum Conſultus, quòd Pater aliquis arrogator deceſſit relicto filio impubere arrogato; deinde mortuus fuit filius arrogatus impubes, dubitat Conſultus, an hæredes arrogatoris teneantur præſtare hæredibus filii arrogati bona, quæ fuerunt filii arrogati, & præterea quartam de bonis arrogatoris ex Conſtitutione D. Pii? & reſpondet Conſultus affirmativè. Quæ deciſio hanc patitur difficultatem, quòd in *d. l.* 22. filius ille arrogatus fuit præteritus, cùm non dicat Conſultus fuiſſe inſtitutum vel exhæredatum; ſed non dicit filius ille arrogatus teſtamentum nullum; cùm hæredes ex eo inſtituti habeant hæreditatem, teneantúrque pro obligationibus defuncti: Ergò filius arrogatus ſeu adoptatus præteritus non dicit teſtamentum nullum. De hac lege 22. *ff. de adoptionibus* integrum tractatum edidit An-

tonius Pichardus in *prim. tit. de adoption. lib.* 1. *Inst.* & nostram difficultatem tangit an. 21. solutio autem melior difficultatis est, quòd in *d. l.* 22. filius arrogatus fuit exhæredatus: nam quamvis textus hoc non dicat, necessariò hoc supponendum, sicuti ferè in infinitis aliis Juris textibus præcipuè in *l.* 6. *Cod. de legitim. hæredib. l.* 8. §. *si quis mortis de inofficioso l. cùm ex filio ff. de vulgari. l. ex asse* 52. *ff. ad legem falcidiam.* dixi suprà differt. 5. num. 17. Undè cùm non sit præteritus, non dicit testamentum nullum. Sed adversùs solutionem oritur etiam ratio dubitandi, quia si in d. l. 22. filius ille arrogatus fuit exhæredatus, habebit quærelam ad rescindendum testamentum Patris arrogatoris, & specialiter optima ratione, quia cùm ille arrogatus esset impubes, qui neque velle, neque nolle habet. *l. pupillus, cùm vulgatis ff. de reg. juris*, non potuit committere causam ingratitudinis, ut mala mente exhæredaretur; sed textus non dicit, quòd ille filius arrogatus habeat quærelam; Ergo non fuit exhæredatus, sed præteritus. Difficultatis solutionem adduxit Consultus in *l. Papinianus* 8. §. *si quis* 15. *ff. de inofficioso.* ubi decidit, quòd filius impubes arrogatus, si exhæredetur, non habet quærelam inofficiosi, cùm jam habeat quartam ex Constitutione D. Pii: nam generaliter constitutum fuit in quærela inofficiosi, quòd illi filii, qui ad totam hæreditatem, vel partem hæreditatis alio jure, & remedio ordinario poterant venire, non habent remedium extraordinarium quærelæ §. *sed hæc* 3. *Inst. de inofficioso. l.* 7. *ff. eod. l.* 4. *Cod. de liberis præteritis l.* 10. *Cod. de adoptionibus.* Retes in *adversariis cap.* 19. *toto:* undè cùm in *d. l.* 22. *ff. de adoption.* filius impubes arrogatus jam habeat quartam ex Constitutione Divi Pii, ideò quamvis esset exhæredatus, non habet quærelam.

Quartò dubitare facit textus in *l. 23. in prin.* 11
ff. de liberis & posthumis, in quo fuit casus, quòd Pa-
ter filium emancipatum exhæredavit, & posteà il-
lum filium emancipatum sibi arrogavit, dubitat
Consultus, utrùm huic filio arrogato noceat ex-
hæredatio facta antè arrogationem, & respondet
Consultus affirmativè. Hæc est decisio Consulti,
quam sic pondero: in hac leg. *filio 23. ff. de liberis &
posthum.* habemus filium arrogatum, qui dum fuit
arrogatus non fuit institutus, neque exhæredatus 12
sed præteritus; sed hoc non obstante, non dicit
testamentum nullum, sed ei nocet exhæredatio fa-
cta ante arrogationem: Ergò filii arrogati seu ado-
ptati non debent à Patre arrogatore necessariò in-
stitui vel exhæredari. Argumentum dissolvit An-
tonius Faber in *pap. tit. 11. prin. 4. illat.* 12. dicendò,
quòd ad hoc ut testamentum *d. l. 23.* sit validum,
non requiritur, quòd filius ille post arrogationem
instituatur vel exhæredetur; sed sufficit, & ei no-
cet exhæredatio facta filio ante arrogationem, &
hujus rationem jam addit Consultus in *d. leg.* 23.
quia filius in d. leg. non præsumitur filius adopti-
vus sui Patris naturalis, nec in ejus familiam trans-
latus, sed redditus, eò quia veritas naturæ non po-
test imagine fictionis obumbrari; & quando fictio
& veritas tendunt ad eundem finem, veritas præ-
valet fictioni, ùt ait Bartolus ad d. l. 23. & ex eo
Faber *dict. illat.* 12. Quod secùs est in extraneo ex-
hæredato, & posteà arrogato, cui exhæredatio non
nocet, leg. *non putavit* 8. §. *si quis emancipatum ff. de
contra tabulas*, eò quia exhæredatio in persona ex-
tranei non valet *l.* 132. *in fine, prin. ff. de V. O.* Osual-
dus *ad Donell. lib.* 6. *Com. cap.* 13. *lit. a.* Nec solutio-
nem infirmat tex. *in* §. *sed eà omnia* vers. *nostra autem
Constitutione Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato.* ubi
Justinianus dicit, quòd in casu, quò idem Pater na-

 tura-

turalis eſt, qui adoptat filium, jura talis adoptionis ſervantur: Ergò tunc prævalet fictio adoptionis veritati naturæ: Reſp. enim, quòd d. §. *ſed ea omnia.* non debet intelligi, quòd adoptionis commento prævalente, natura obumbretur, quod eſt contra dictam *l.* 23. ſed intelligitur, quòd in d. caſu jura adoptionis ſervantur, id eſt, ſucceſſionis ab inteſtato, & neceſſitatis inſtitutionis vel exhæredationis ex teſtamento.

12 Quinta difficultas provenit *ex prin tit. Inſt. de excuſationibus Tutorum.* ubi dicit Imperator Juſtinianus, quòd tres filij adoptivi non proſunt Patri adoptivo, ſeu arrogatori ad excuſandum ſe ab onere tutelæ; quam Juſtiniani deciſionem ſic pondero: Certum eſt principium in noſtro Jure, quòd eum, quem ſequuntur incommoda, etiam commoda ſequi debent, & ad quem ſpectant onera, etiam debent ſpectare honores, *l.* 10. *cum concordantibus ff. de reg. juris.* Sed filij adoptivi non tribuunt Patri arrogatori commodum excuſationis ab onere tutelæ *d prin. tit. Inſt. de excuſat. Tutorum.* Ergò neque ad Patrem arrogatorem debent ſpectare incommoda, quòd dictus Pater teneatur filios adoptivos inſtituere, vel exhæredare, neque iſti ei ſuccedent ab inteſtato. Antonius Faber *in papa. tit.* 25. *prin.* 1. *illat.* 2. vers. *quales*, tetigit difficultatem, & reſpondet, quòd ideò filij adoptivi (quamvìs filij, & ſui hæredes ſint) non proſunt arrogatori, quia dictus arrogator ultrò & ſpontè ſuſcepit onus filij arrogati, cùm nolens nullus neque adoptet neque adoptetur, *l.* 14. *l.* 15. §. 1. *ff. de adoptio.* & onera affectata non excuſant à tutela §. *item tria onera, Inſt. de excuſatio Tutor.* Secundò, quia non debet eſſe in poteſtate cujuslibet conſequi excuſationem, & immunitatem *l.* 51. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 56. *de Condit. & demonſtr.* & ſi filij adoptivi

optivi excusationem à tutela præstarent, esset in manu cujuslibet tres filios arrogando, excusare se ab onere tutelæ: Undè hæc est ratio, cur filij adoptivi non prosunt Patri ad excusationem tutelæ, quamvis necessariò ex testamento, & ab intestato succedant.

Sexta difficultas fit ex Justiniano *in prin. tit. Inst. de successione libertorum*, ubi dicit, quôd si libertas decedat instituto hærede filio suo legitimo & naturali, nulla Patrono dabatur à lege 12. tab. quærela; Si autem instituebat filium adoptivum hæredem, Patrono dabatur quærela: Sic nunc eum pondero, quia si filius adoptivus esset suus hæres Patri arrogatori, sive filius adoptivus esset hæres institutus à liberto arrogatore, sive non, semper talis filius adoptivus excluderet Patronum, cùm leg. 12. tab. filij sui hæredes Patronum à successione liberti excluderent; Sed dicit Justinianus *in d. prin. tit. Inst. de successione libertorum*, quòd filij adoptivi non excludunt Patronum: Ergò filij non sunt sui hæredes Patri arrogatori, nec illi ex testamento necessariò, nec ab intestato succedunt. Quod magìs demonstratur *ex* §. 1. *ejusdem tit. Inst. de successione libertor.* in fine vers. *suo hærede relicto filio adoptivo*, ubi dicit Justinianus, quòd si libertus decedebat ab intestato, relicto filio suo adoptivo, Patronus habebat dimidiam partem hæreditatis, & ad eam petendam, bonorum possessionem. Ex quo §. 1. hoc efformatur argumentum, quia si filij adoptivi essent sui hæredes Patri arrogatori, filij adoptivi liberti succederent liberto in tota hæreditate, excluso Patrono ex regula §. *intestatorum* 1. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*. Sed dicit Justin. *in d.* §. 1. quòd Patronus succedit in dimidiam hæreditatis liberti simul cum filio adoptivo:

G 3 Ergò

Ergò filij adoptivi non sunt sui hæredes Patri arrogatori.

14 Difficultatem sic dissolves dicendo, quòd jure antiquo, & leg. 12. tab. ad hoc, ut filij sivè ex testamento instituti, sive ab intestato succedentes, excluderent Patronum, requirebatur, quòd essent filij legitimi & naturales liberti, taliter, quòd filij adoptivi liberti nullo modo excludebant Patronum *prin. tit. Inst. de successione libertor.* & ratio erat, quia sic esset in manu liberti excludere Patronum à successione, aliquem in filium adoptando, quòd semper procurarent liberti, qui cùm essent vilis conditionis, obliviscebantur beneficij libertatis à Patrono accepti: Sed posteà Prætor videns rationem supradictam, & videns etiam iniquum esse, quòd filius adoptivus liberti, qui suus hæres est, privaretur hæreditate Patris arrogatoris, cùm multoties adoptiones etiam bona mente, & sinè animo fraudandi Patronum fierent à liberto, sua æquitate mediæ viæ & Edicto constituit, quòd filius adoptivus ab intestato veniret in dimidiam, & Patronus in aliam dimidiam

15 hæreditatis liberti; Quâ intelligentia & doctrina Doctissimus D. Ferdinandus Arias de Mesa *lib. 1. Var. cap.* 34. relictis variis solutionibus a n. 35. interpretatur textum in lege *debitor* 40. §. 1. *ff. de pignoratitia actione*, in qua lege pro quadam quæstione actionis pignoratitiæ supponit casum Consultus, quòd filius liberti habebat dimidiam partem hæreditatis, & Patronus aliam dimidiam, quod erat contrà legem 12. tab. *& prin. tit. Instit. de successione libertor.* dicit enim Arias de Mesa, quòd in *d. l.* 40. §. 1. *ff. de pignoratitia actione* filius ille liberti erat adoptivus, & sic Jure Prætorio veniebat in dimidiam hæreditatis, & Patronus in aliam dimidiam: Undè nisì in casu liberti semper filij adoptivi

tivi Patri arrogatori in tota hæreditate ab intestato succedunt.

Septima difficultas fit ex §. *sed ea omnia Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, ubi dicit Justinianus, quòd facto testamento neque Jure Civili, neque Prætorio filius adoptivus habet jus aliquod in hæreditate Patris adoptivi, neque bonorum possessionis, neque quærelæ; Cùm Pater adoptivus non habeat necessitatem filium adoptivum instituendi vel exhæredandi, quia filius ei nullo sanguinis vinculo conjungitur. Cui respondetur, quòd *in dict. §. sed ea omnia Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, Justinianus non loquitur de filiis arrogatis in ordine ad Patrem arrogatorem, cui sunt sui hæredes, & eos tenetur instituere, vel exhæredare, nè annulletur testamentum; Sed solùm loquitur Justinianus de filiofam. quem Pater suus naturalis dedit in adoptionem Personæ extraneæ, qui præter jus successionis ab intestato à Justiniano concessum novâ Constitutione *in l.* 10. *Cod. de adoptio. §. sed hodie* 2. *Inst. eodem §. sed ea omnia*, non habet aliud jus dicendi nullum testamentum, bonorum possessionis contra tabulas, nec quærelæ, cùm neque Patri adoptanti sit suus hæres, neque ei sanguinis vinculo conjunctus: Filius autem arrogatus licèt non sit conjunctus vinculo sanguinis Patri arrogatori, est tamen ei suus hæres, & sic si est præteritus dicit arrogatoris testamentum nullum. 16

Majus dubium versatur in hac prima contingentia de filio emancipato dato in adoptionem in ordine ad Patrem naturalem, utrùm scilicèt filius emancipatus in adoptionem, seu arrogationem datus succedat ab intestato, & necessariò ex testamento Patri naturali, si tempore, quo Pater naturalis decessit, talis filius erat in adoptiva fami- 17

familia; Cui dubio in Jure constans est responsio, quòd filij emancipati in adoptionem dati, si tempore quô Pater naturalis moritur, adhuc sunt in adoptiva familia, non succedunt jure Prætorio ex edicto Prætoris, Patri naturali ab intestato, neque in tali casu à Patre naturali debent necessario institui, vel exhæredari; ità ut illis præteritis non dat Prætor bonorum possessionem contra tabulas; ità Justinianus in §. *at hi* §. *eadem Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur.* §. *adoptivi liberi Inst. de exhæredat. liberor. l.* 1. §. *si filius* 12. *ff. de ventre in possession. mittendo, l.* 1. §. *in eo ff. ad S. C. Syllanianum, l. liberi* 2. *ff. undè liberi leg.* 6. §. *ult. ff. de bonor. possess. contra tab. l.* 3. §. *si emancipatus ff. eod.* de quo paucos solummodò inveni Scribentes, & parùm Chesium *lib.* 1. *inter. cap.* 9. *n.* 5. D. Josephum Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 22. *num.* 24. & latiùs in *adversariis cap.* 5. *num.* 7. *& seq.* Fabrum in *pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12.

18 Ratio decidendi hujus regulæ fuit: quia Prætor, qui filios emancipatos ad hæreditatem Patris ex sua æquitate admittebat, solùm dabat bonorum possessionem illis filiis, qui si non essent emancipati, Patri fuissent sui hæredes, ùt dicit Retes *lib.* 3. *Opusc. ad l. ultim.* §. 2. *de leg.* 3. & in *adversariis cap.* 3. *num.* 2. Sed filii emancipati in adoptionem dati, si non fuissent emancipati, non possent dici sui hæredes Patri naturali, dum sunt in adoptiva familia Patris adoptivi, cui sunt sui hæredes: Ergò filii emancipati in adoptionem dati non succedunt ab intestato, neque necessariò ex testamento, dum sunt in adoptiva familia Patri naturali. Secunda, quæ coincidit cum antecedenti, & magis eam explicat, est, quia Prætor ad hoc, ut sua æquitate motus daret bonorum possessionem *unde liberi* ab intestato, vel *contra tabulas* ex testamento filiis emancipatis, utebatur illo colore, quod rescindebat e-

man-

mancipationem filiorum emancipatorum, & illos reponebat in pristinum statum suitatis, ac si non emaucipati fuissent, & Patri fuissent sui hæredes, *l. 6. §. 1. de bonor. possess. l. 3. §. 1. ff. de contra tabulas* ùt dixi dissert. 4. n. . Sed hoc non potest facere Prætor in filiis emancipatis datis in adoptionem, dum sunt in familia Patris adoptivi, quia non potest facere eos suos hæredes Patri naturali, rescindendo emancipationem, cùm sint sui hæredes Patri adoptivo, & sicuti quis in duplici familia esse non potest, non potest duobus Patribus esse suus hæres: Ergò filij emancipati dati in adoptionem non succedunt, dum sunt in adoptiva familia, Patri naturali ex testamento necessario vel ab intestato. Tertia ratio decidendi sub involucro verborum adducta fuit à Justiniano in *nostro §. ad hi, Inst. de hæredis. quæ ab intestato*, in verbis: *Non admittuntur ad bona naturalis Patris quasi liberi.* Quia Prætor quando dat bonorum possessionem ab intestato filiis emancipatis dat illam illis quia liberi: Nam quamvìs non sint sui hæredes Jure Civili, Jure tamen naturali liberi sunt, undé talis bonorum possessio dicitur: *Undè liberi*; Sed filij emancipati in adptionem dati (quamvìs verè liberi seu filij Patris naturalis sint) non possunt à Prætore considerari quasi liberi Patris naturalis, dum sunt in adoptiva familia, quia jam habent alium Patrem, utpote Patrem adoptivum, & sic Prætor non considerare potest, eos habere Patrem naturalem: Cùm naturâ impossibile sit, duos Patres habere: Ergò filij emancipati in adoptionem dati, dum sunt in adoptiva familia non possunt succedere ab intestato Patri naturali: Semper enim repugnat, quòd quis duobus ùt Patribus succedat, & sic cùm filius emancipatus datus in adoptionem jam succedat Patri adoptivo, non

H po-

poteſt, dum in adoptiva familia eſt, ſuccedere Patri naturali, quam rationem decidendi conſideravit Vivianus in §. *at hi in fine.* Quartam rationem decidendi excogitavit Retes *in adverſariis d. cap. 5. n. 8. dicendo*, quòd Prætor ideò ſua æquitate motus dabat liberis emancipatis bonorum poſſeſſionem *undè liberi* ab inteſtato, & *contra tabulas* ex teſtamento, quia curam habebat de filiis emancipatis, qui nullum remedium habebant, & ſpem nullius hæreditatis. Sed filij emancipati in adoptionem dati jam habent aliud remedium, & ſpem alterius hæreditatis, nempè Patris adoptivi, cui ùt ſui hæredes ſuccedunt: Ergò filij emancipati in adoptionem dati non ſuccedunt, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato dum ſunt in familia adoptiva, Patri naturali. Quintam rationem ego addo, quod cùm ex tali ſucceſſione acquireretur commodum Patri arroganti, cui ex vi Patriæ poſtetatis hæreditas à filio adoptivo acquiſita, acquirebatur, idem Prætor maximâ ſua æquitate, nè hæreditas Patris naturalis Patri arrogatori acquireretur, noluit filium quaſi liberum admittere ad hæreditatem Patris naturalis. Sexta, quia illi filij indigni viſi ſunt à Prætore, ut ſuccederent Patri naturali, qui eô relictô ultrò & ſpontè, Patrem adoptivum ſibi elegerunt, ùt benè ponderat Faber in *pap. tit. 11. prin. 1. illat. 12.*

29 Scire tamen oportet, quòd quamvis filij emancipati in adoptionem dati, ſi Pater eorum naturalis moriebatur, dum erant in adoptiva familia, non admitterentur à Prætore ad hæreditatem Patris naturalis *quaſi liberi* ſeu filij, admittebantur tamen ex capite bonorum poſſeſſionis *undè cognati*, ſicque Prætor tales filios admittebat in caſu ſcilicèt, quo non darentur alij filij, neque agnati §. *admonendi Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtato deferuntur.*

Et

Et ratio est, quia ùt faciliter discurrere poteris omnes rationes supradictæ, quibus Prætor filiis emancipatis in adoptionem datis denegabat bonorum possessionem *undè liberi*, non obstant, quominùs possit eis dare bonorum possessionem *undè cognati*. Quâ de causa in Edicto de legatis præstandis liberi in adoptionem dati continentur *leg.* 1. §. *pen. ff. de legatis præstandis*, quia in tali Edicto de legatis præstandis inspicitur jus cognationis *d. l.* 1. §. 1. *ff. de legatis præstandis*

Sed, cùm nulla regula magìs clarescat, quàm 20
dissolutione difficultatum quæ in contrarium fieri possunt, dissolvamus proptereà eas contrà supradicta militantes. Et prima est, quia certum est in nostro jure principium, quòd fictio non prævalet veritati, & quòd veritas imagine fictionis non adumbratur, sic habetur in *l. filiis* 23. *de liberis & Posthum.* Faber *in pap. iit.* 11. *prin.* 4. *illat.* 12. dixi suprà hac differt. 6. n. 11. Sed filius ille emancipatus in adoptionem datus est verè & realiter filius Patris naturalis, quamvìs sit in adoptiva familia, quæ imago seu fictio adoptionis non potest veritatem naturæ obumbrare: Ergò filij emancipati in adoptionem dati, dum sunt in adoptiva familia, succedunt Patri suo natutali ex testamento & ab intestato. Respondetur tamen dicendo, quòd sicuti dicit Bartholus in epigraphe *d. l.* 23. *de liber. & posthum.* quòd si fictio & veritas tendunt ad eundem finem, veritas prævalet fictioni, secùs autem si ad diversos fines tendunt: Ità similiter si veritas & fictio considerantur in ordine ad eandem personam, & subjectum, fictio cedit veritati, & veritas prævalet, ùt sic fuit in d. l. 23. ubi fictio adoptionis, & veritas considerabantur in ordine ad eundem Patrem naturalem, qui filium suum adoptavit: Secùs autem fuisset, si duo essent Pa-

tres, unus naturalis, & alter adoptivus, tunc enim fictio naturæ prævaleret, utpote posterior; & sic filij emancipati in adoptionem dati, dum sunt in adoptiva familia Patri adoptivo ab intestato succedunt, & non Patri naturali.

21 Secunda difficultas ortum habet ex §. *sed hodie* 2. *Inst. de adoptionibus*, §. *sed ea omnia*, *Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur l. cùm in adoptivis* 10. *Cod. de adoptionib.* ubi filius datus in adoptionem personæ extraneæ à Patre suo naturali succedit duplici Patri ab intestato, scilicet Patri naturali, & adoptivo: Ergò non repugnat naturæ, quòd quis duobus patribus ab intestato succedat: & magìs augetur ex ipso Justiniano in d. §. *sed ea omnia*, ubi dicit, quòd ideò sua constitutione fecit, quòd ille filius datus in adoptionem personæ extraneæ succederet patri adoptivo, nè filij utraque successione privarentur, & patris naturalis propter adoptionem, & patris adoptivi soluta adoptione per emancipationem; Sed hæc in qua contingentia etiã in nostro casu versabatur, ubi filius emancipatus datus in adoptionem privaretur utraque successione patris naturalis, & adoptivi solutâ adoptione per emancipationem. Ergò debent isti filij emancipati in adoptionem dati utrique patri & naturali, & adoptivo succedere: De hac difficultate jam aliqua dixi suprà differt. 5. n. 11. quòd filius à patre naturali datus in adoptionem personæ extraneæ succederet ab intestato duplici patri adoptivo, & naturali fuit factum novâ constitutione, & ad hoc fuit necessaria nova indulgentia Justiniani, quæ cùm nova constitutio sit, non potest ad alios casus nisì ad illum, de quo loquitur extendi: Si autem petis, cur Justinianus etiam hoc non fecit nova constitutione in nostro casu; putabam nullam dari; Sed etiam ratiocinabar di-

cendo:

cendo: Quòd filijfam. dati in adoptionem à patre suo personæ extraneæ miseratione Justiniani ad successionem utriusque patris admittuntur, quia isti filij non suo solo consensu dant se in adoptionem, sed consensu & voluntate sui patris: Filij autem emancipati si se dant in adoptionem, se dant cum suo solo consensu absque voluntate patris, & suo solo forsan juvenili judicio: & sic si privantur utraque successione, suâ solâ culpâ privantur, cùm relicto patre naturali ultro & spontè patrem adoptivum sibi elegerunt; Undè non fuerunt visi digni à Justiniano indulgentia suæ novæ constitutionis, ùt benè Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12.

Tertiò dubium facit Justinianus in §. *quâ de causa* 1. vers. *prodesse Inst. de successione libertorum* ubi dicit Imperator, quòd liberto prosunt ad excludendum Patronum liberi emancipati, & in adoptionem dati, dummodo ex aliqua parte hæredes scripti sint, aut præteriti habeant ex edicto Prætoris bonorum possessionem contra tab. Ergò filii emancipati in adoptionem dati præteriti habent bonorum possessionem contra tab. sicque à Patre naturali (qualis erat libertus in d. textu) debent necessarii institui vel exhæredari. Communis solutio hujus difficultatis est, quòd in §. *qua de causa* loquitur de duobus filiis, seu de duabus filiorum speciebus, utpote de filiis emancipatis, & de filiis emancipatis in adoptionem datis, quod suadetur ex illa particula *&*, ibi: *sed etiam emancipati & in adoptionem dati*, aliàs si de una specie filiorum tantùm loqueretur, dixisset, *emancipati in adoptionem dati* sinè particula & sicut in nostro §. *at hi Inst. de hæreditatib. quæ ab intestato deferuntur.* Undè illa verba d §. *qua de causa*: *si modò ex aliqua parte scripti hæredes erant*, referuntur ad filios emancipatos datos in adoptionem, & illa alia ver- 22

ba: *aut præteriti contra tab. bonorum possessione, ex Edicto Prætoris petierant*, referuntur ad filios emancipatos, & in adoptionem non datos. Nec obstat regula, quòd una determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter determinat. *l.* 4. *ff. de Vulgari.* D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *Obs. cap.* 5. *num.* 8. *in fine*, & Justinianus unica determinatione loquitur de emancipatis & in adoptionem datis: quia dicta regula *leg.* 4. *de Vulgari* intelligitur, quoties subjecta materia id expostulat, non autem quatenùs subjecta materia repugnat, & absurdum aliquod sequeretur, cùm omnia verba legum, & textuum intelligenda sint, secundum subjectam materiam; & absurdum sequeretur in *d.* §. *qua de causa*, & repugnantia Justiniani cum semetipso in nostro §. *at hi*, si dicta verba eô modô, quô diximus, non intelligerentur. Sed si omnia supradicta non animum tuum quiescere faciunt, solve difficultatem faciliter hac nova solutione, dicendo, quòd illa verba §. *qua de causa: aut si præteriti contra tabulas &c.* intelliguntur de filiis emancipatis datis in adoptionem; sed non intelliguntur de eis, dum sunt in adoptiva familia, sed intelliguntur de filiis emancipatis datis in adoptionem à Patre adoptivo vivo Patre naturali emancipatis, qui ùt posteà videbimus Patri naturali succedunt ab intestato per *undè liberi*, & ex testamento per contra tabulas.

23 Quartò ratio dubitandi provenit ex difficili tex. in *leg. adversùs testamentum* 30. *ff. de inofficioso testamento*, cujus hæc sunt verba: *Adversùs testamentum filii in adoptionem dati Pater naturalis rectè de inofficioso testamento agere potest*, & talis fuit casus. Pater aliquis filium emancipavit, qui quidem filius emancipatus se in adoptionem dedit, fecit testamentum, & Patrem exhæredavit, dubitatum fuit, apud Consultum in *d. l.* 30. an Pater naturalis possit agere querelâ

relâ inofficiosi testamenti adversùs testamentum sui filii in adoptionem dati? & respondet Consultus affirmativè. Prima difficultas, quæ oritur ex dicta decisione pro nostro intento hæc est, quòd quærela inofficiosi testamenti regulatur per successionem ab intestato, ità ut ille, qui eá intentat, vult rescindere testamentum, ut possit habere hæreditatem ab intestato *leg.* 6. §. 1. *ff. de inofficioso testam.* sed in *d. l.* 30. *de inofficioso.* Pater naturalis habet quærelam inofficiosi adversùs testamentum filii in adoptionem dati: Ergò Pater naturalis succedit ab intestato filio emancipato dato in adoptionem; sed successiones ab intestato debent esse reciprocæ *l.* 4. *ff. undè Cognati* cum aliis, quas adduxi suprà differt. 5. num. 28. Ergò etiam filii emancipati in adoptionem dati succedunt Patri naturali ab intestato. Secunda difficultas dict. leg. 30. est, quomodo in d. l. 30. potuit illi filiusfam. datus in adoptionem, qui erat in potestate Patris adoptivi, facere testamentum per quærelam rescindibile, & per consequens validum *l.* 8. §. 10. *ff. de inofficioso.* si filiusfam. non potest testamentum facere, *prin. tit. Instit. quib. non est permissum facere testam.* ùt pluribus exornavi differ. 4. num. 11. His duabus difficultatibus respondet D. Josephus Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 22. *num.* 24. Differentia, quam ponit Retes inter bonorum possessionem, & quærelam, quòd hæc detur his, qui in adoptiva familia decesserunt, illa autem non; eò quia quærela tantùm continet causam naturalem Patris & filii, non autem bonorum possessio contra tabulas, quæ indiget rescissione emancipationis, tuta mihi non videtur: Quia cùm querela inofficiosi reguletur per successionem ab intestato, remaneret, quòd si filius, dum est in adoptiva familia haberet quærelam adversùs testamentum Patris naturalis, illi succedere deberet ab intestato:

Undè

Undè vera ſolutio difficultatum eſt, quòd in *d. l.* 30. quamvìs filius ille eſſet datus in adoptionem, erat tamen liberatus jam à Poteſtate Patris adoptivi tempore, quô fecit teſtamentum, & ſic potuit teſtamentum facere, & Pater ei ab inteſtato ſuccedere, & filius Patri, cùm jam non eſſet in adoptiva familia. Diſſentiunt autem DD. circà modum, quô ille filius datus in adoptionem fuit liberatus à Patris adoptivi poteſtate. Cujacius & Fulgoſius ad *d. l.* 30. quos ſequitur Retes *d. cap.* 22. *n.* 24. dicunt filium illum datum in adoptionem exiiſſe à Patris adoptivi poteſtate morte ejuſdem Patris adoptivi: Quia ſi hoc modo fuiſſet, nec filius Patri naturali, nec iſte filio potuiſſet ab inteſtato ſuccedere juxtà Doctrinam Conſulti in *l. utrùm* 9. *ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* dicentis, quod nihil intereſt, an Pater adoptivus vivat, an defunctus ſit quoad ſucceſſionem filii adoptivi in hæreditate Patris naturalis, ſed ſolùm quærendum eſt, an filius ſit in adoptiva familia, quia filii mortuô Patre illius familiam continuare dicuntur, ùt ex Coſta & Cujacio admittit Ipſe Retes *in Adverſariis cap.* 5. *num.* 9. Undè melior mihi videtur intelligentia Antonii Fabri in rationalib. ad *d. leg.* 30. dicentis, quòd filius ille adoptivus exivit de poteſtate Patris adoptivi emancipatione: undè cùm non fuerit in adoptiva familia tempore, quo fecit teſtamentum, ſed vivo Patre naturali emancipatus, rectè poteſt Pater naturalis habere quærelam & ſuccedere ei ab inteſtato, ſicuti ei filius ſucceſſiſſet. Nec alicujus momenti eſt oppoſitio, quòd qualitas adjuncta verbo debet intelligi ſecundùm tempus verbi, & ſic quòd, cùm illa verba: *in adoptionem dati* adjungantur verbo de præſenti *agere poteſt*, debet intelligi illud *de præſenti*, quod erat de præſenti adhuc datus in adoptionem: quia reſpondetur, quòd illa verba: *in adop-*

adoptionem dati intelliguntur de tempore præterito, id est, *filii, qui olim fuit datus in adoptionem*, & illa regula, quòd qualitas adjuncta verbo debet intelligi secundùm tempus verbi intelligitur, si hoc suadet subjecta materia, & non sequitur aliquod absurdum in jure, quale erat in *d. l.* 30. illud, quòd filiusfam. potuisset facere testamentum.

Quintò dubitare cogunt textus in lege: *non putavit* 8. §. *in adoptionem*, §. *detur & seqq.* & in *l. si in adoptionem* 11. *ff. de bonor. possession. contra tab.* in quibus textibus filii emancipati in adoptionem dati habent bonorum possessionem contra tabulas adversùs testamentum Patris naturalis: Ergò ab eo necessariò debent institui vel exhæredari. Solutio difficultatis ex eisdemmet textibus depromitur, ùt fecit Retes *in Adversariis cap.* 5. *num.* 8. dicendo, quòd textus suprà citati loquuntur de casu, quo filius emancipatus in adoptionem datus, fuit ex aliqua parte scriptus hæres à Patre naturali, & alii filii præteriti intentârunt remedium bonorum possessionis contra tabulas, in dicto casu, commisso per alium edicto, etiam filii instituti habent bonorum possessionem contra tabulas, ùt dixi suprà differt. 4. num. & sic filius ille emancipatus in adoptionem datus in d. ll. habet contra tabulas non ex sua persona, sed ex persona fratrum præteritorum: nec facit difficultatem id, quod dicit Consultus in *d. leg.* 8. §. *ut autem admittatur ff. de contra tabulas.* ubi dicit, quòd ut quis admittatur per contra tab. commisso per alium edicto, requiritur, quòd sit ex liberis; sed filii emancipati dati in adoptionem, dum sunt in adoptiva familia non considerantur à Prætore ùt liberi, §. *at hi Inst. de hæredit. quæ ab intestato.* & dixi latè nnm. 18. Ergò neque filii emancipati in adoptionem dati possunt habere bonorum possessionem contra tab., commisso per alium Edicto.

24

I Respon-

Respondetur difficultati, quòd hæc est differentia inter bonorum possessionem *undè liberi*, *ac contra tabulas*, quæ datur præteritis, & bonorum possessionem *contra tabulas*, quæ datur institutis commisso per alium Edicto, quòd bonorum possessio *undè liberi*, & *contra tab.* quæ datur præteritis, datur liberis sub conceptu *liberorum*, ac si sui hæredes essent; & cùm filij emancipati arrogati, dum sunt in adoptiva familia non possint à Prætore considerari quasi liberi patris naturalis, quia alium patrem habent utpote adoptivum, ùt dixi n. 18. ideò Prætor non dat illis bonorum possessionem: *undè liberi*, & *contra tabulas* ùt præteritis: Bonorum autem possessio contra tabulas, quæ datur institutis commisso per alium Edicto, licèt requirat, quòd tales instituti sint ex liberis *d. l.* 8. §. *ut autem ff. de contra tabulas*, tamen non datur filiis, seu liberis, quia liberi, & sub conceptu liberorum, sed datur filiis, quia à patre sunt instituti, & ut partem sibi relictam in testamento consequantur; Sic benè & potest Prætor, dare contra tab. commisso per alium Edictum filiis emancipatis datis in adoptionem, dum sunt in adoptiva familia, si à patre naturali hæredes instituti sunt, & per alium committatur Edictum. Sic etiam intelligitur lex *si post* 10. *ff. de contra tab. & l.* 2. *ff. de collatione dotis. l.* 1. §. *si filius ff. de ventre in possessionem mittendo l.* 10. §. *si in adoptionem ff. de bonor. possess. contra tabulas.*

25 Sextò obstare videtur textus *in leg.* 3. §. *si quis filio* 7. *ff. de bonor. possess. contra tab.*, in quo textu talis fuit casus: Quidam avus habens filium emancipatum, & ex eo nepotem in potestate retentum, hunc nepotem filio emancipato dedit in adoptionem; Mortuus fuit pater adoptivus, nepósque adhuc remansit in adoptiva familia juxta *leg.*

leg. 3. ff. de contra tabulas, posteà mortuus fuit avus facto testamento nepotéque dato in adoptionem præterito: Statim dubium ortum fuit apud Prætorem, an iste nepos datus in adoptionem possec contratabulare testamentum avi sui? & respondet Consultus affirmativè; Ex qua decisione clarum resultat argumentum quòd *in leg.* 3. §. 7. habemus nepotem datum in adoptionem; Sed nepos iste dum est in adoptiva familia habet bonorum possessionem contra tabulas testamenti avi sui naturalis: Ergò filij emancipati dati in adoptionem, dum sunt in adoptiva familia, habent bonorum possessionem contra tabulas testamenti patris naturalis. Doctissimè dissolvit argumentum D. Josephus Retes *in adversariis d. cap.* 5. *n.* 8. dicendo, quòd in d. *leg.* 3. §. *si quis* 7. *ff. de contra tab.* est exceptio, & casus specialis, quô adoptatus, dum est in adoptiva familia, admittitur ad contra tabulas patris, seu avi naturalis, quia ille nepos licèt transierit in Sacra patris naturalis, qui eum adoptavit, non exivit de familia naturali avi, quia familia naturalis filij emancipati est eadē naturalis familia patris, licèt non Civilis *l.* 69. §. *ultim. de leg.* 2. *l.* 15. §. *familiæ de V. S.* Retes *d. cap.* 5. *n.* 8. dixi dissert. 4. n. 77. & sic cùm ille nepos adoptatus adhuc remansisset in familia naturali avi & bonorum possessio contra tabulas detur à Prætore inspecta familia naturali, & non Civili, hac de causa *in d. l.* 3. §. 7. nepos datus in adoptionem, dum est in adoptiva familia contratabulat testamentum avi naturalis, & hoc jam insinuavit Consultus *in d. l.* 3. §. 7. dum dixit: *Quia in ejus est familia, qui & ipse admitti potuit ad bonorum possessionem contra tabulas:* Quod secùs est in nostro §. *at hi*, ubi filius emancipatus est datus in arrogationem extraneo, qui non est de familia naturali patris

I 2 natu-

naturalis filij emancipati : Eodem modo solvitur tex. *in l. fin.* §. *idémque ff. de contra tabulas*, & textus in *leg.* 1. §. *nepos ab avo ff. si à Patrente quis fuerit manumissus.*

26 Septima difficultas oritur ex difficili textu in leg. *Patroni filia* 39. *ff. de bonis libertorum*, in quo textu talis refertur casus : Quidam patronus habebat filiam emancipatam, quæ alteri se dedit in adoptionem, dum filia illa erat in adoptiva familia, mortuus fuit pater naturalis patronus, dubitatum fuit apud Consultum Herennium, an filia illa, quæ erat in adoptiva familia, admitteretur ad bona seu hæreditatem libertorum patris naturalis? cui dubio respondet Consultus affirmativè: Ergò filij emancipati adoptati, dum sunt in adoptiva familia succedent patri naturali ab intestato. Cui argumento respondetur, quòd successio bonorum liberti non defertur filiis patroni jure hæreditario, seu filiis quia hæredibus; Sed jure sanguinis, seu filiis patroni, quia filiis: ùt probat pluribus D. Melchior de Valentia *illus.* 3. *trac.* 3. *cap.* 4. *n.* 25. Undè ùt Prætor det filio emancipato successionem bonorum liberti patris non requiritur, quòd rescindat illius emancipationem retrofingendo illum emancipatum semper fuisse suum ; Sed sufficit, quòd emancipatus sit filius, & jure sanguinis cum patre conjungatur : Undè quamvìs filia patroni, vel filius *in d. l.* 39. *ff. de bonis libertorum* sit in adoptiva familia, potest Prætor ei daro successionem libertorum paternorum, quia non requiritur, quòd prætor reponat eum in pristinum statum suitatis, ùt in bonorum possessione *undè liberi*, & contra tabulas admittatur, quòd non potest prætor facere in filiis emancipatis, dum sunt in adoptiva familia, quia alium patrem habent ùt dixi suprà n. 18. ; Sed sufficit, quòd filius

us patroni habeat vinculum sanguinis cum suo patre naturali, quòd habet, etiamsi sit in adoptiva familia. Quâ simili doctrinâ interpretetur *lex* 23. §. *fin. ff. de bonis libertorum*, ubi quamvìs in successionibus ab intestato admittatur jus repræsentationis & successio in stirpes §. *cum filius* 6. *cum vulgari Inst. de hæreditatib. quæ ab intestato.* dixi suprà dissert. 4. n. 56., non admittitur repræsentatio, & successio in stirpes in jure patronatus, sed in capita, quia jus patronatûs non jure suitatis, sed proximitatis sanguinis defertur, licèt jus patronatûs beneficiorum non jure sanguinis sed hæreditario deferatur, & cum universitate bonorum *cap.* 1. *de Jure Patron. Clement. plures eod. tit.* ùt pluribus Valentia *illus.* 3. *tract.* 3. *cap.* 4. *n. fin.*

Octavò obstare videtur difficilis textus *in leg.* 1. §. *is quoque* 14. *ff. de Collatione bonor.* in quo textu talis fuit hypothesis: Titius v. g. habebat filium emancipatum, qui se dedit in adoptionem, & dum erat in adoptiva familia: mortuus fuit pater naturalis facto testamento, qui quidem filius existens in adoptiva familia petivit bonorum possessionem contra tab. testamenti patris naturalis, dubitatum fuit in *d.* §. *is quoque* 14. an ipse filius debeat conferre sua bona cum suis fratribus, ad hoc ùt possit habere bonorum possessionem contra tab. Cui dubio respondet Consultus, quod conferre cogendus est non ipse, sed pater adoptivus, qui filii adoptivi bona acquirit. Hæc est decisio Consulti, quàm sic pondero: In *d. l.* 1. §. 14. *ff. de Collatione bonorum* habemus filium emancipatum datum in adoptionem existentem in adoptiva familia, sed habet bonorum possessionem contra tabulas testamenti Patris sui naturalis, cùm conferre cogatur: Ergò filii emancipati in adoptionem dati, dum sunt in adoptiva familia habent bonorum possessio-

nem contra tabulas testamenti Patris naturalis. Tanta est difficultas hujus textus, quòd aliquoties desperabam de ejus solutione, cùm apud nullum adhuc Authorem eam tractatam viderim; sed cogitando, reflectendóque videor adinvenisse solutionem, dicendo, quòd *d. l.* 1. §. *is, quoque* 14. *ff. de Collatione bonorum* loquitur de Casu, quo filius emancipatus datus in adoptionem existens in adoptiva familia fuit à patre naturali hæres institutus, & non præteritus, & alii filii sui hæredes præteriti fuerunt, qui quidem petierunt bonorum possessionem contra tabulas, & eis concessa, commisśoque edicto, etiam filius institutus existens in adoptiva familia potuit habere bonorum possessionem contra tabulas ut *l.* 8. §. *in adoptionem* §. *datur leg.* 11. *ff. de bonor. possession. contra tabulas* eo modo, quo explicavi suprà hac differt. 6. num. 24. sed cùm esset emancipatus, & alii filii sui, intrabat edictum de Collatione bonorum, & sic Pater adoptivus, cui bona arrogati acquisita fuerunt *prin. tit. Inst. de acquisit. per arrogationem*, conferre bona tenetur, si mavult bonor. possessionem contra tabulas; nisi in casu, quô Pater adoptivus sinè fraude antè petitam bonorum possessioné filium adoptatum emancipaverit, ùt hanc exceptionem adducit Consultus *in d. l.* 1. §. 14. *de Collatione bonor.* Hæc solutio, quia alia melior visa non est, interim potest deservire.

28 Nonò oppones aliū non minùs difficilem textum in eadé *leg.* 1. §. *si impubere arrogato ff. de Collatione bonor.* in quo textu talis ab Ulpiano refertur facti contingentia: Pater quidam filium suum impuberem emancipavit, qui impubes posteà se dedit in arrogationem, posteà mortuus fuit Pater naturalis, & filius impubes ille arrogatus petebat bonorum possessionem *unde liberi* ab intestato Patris sui naturalis (ùt sic textum intelligit de bonorum possessionè

ne ab inteſtato Antonius Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12.) dubitatum fuit apud Ulpianum, an filius ille arrogatus teneretur quartam, quam habebat ex Conſtitutione D. Pii conferre? & an hæredi ſuo relinquat quartæ actionem? cui dubio reſpondet Conſultus, quòd quartam conferre tenetur, ſi jam eſt nata quartæ petitio, id eſt, ſi jam eſt mortuus Pater arrogator, aliàs, ſi eſt vivus, præmatura eſt collationis ſpecies. Hæc eſt Ulpiani deciſio, quam ſic pondero: In hac *leg.* 1. §. *ſi impubere* habemus filium emancipatum, qui ſe dedit in arrogationem, exiſtentem in adoptiva familia; ſed aſſeverat Conſultus, quòd ſuccedit ab inteſtato Patri ſuo naturali, cùm teneatur conferre quartam, ut habeat bonorum poſſeſſionem undè liberi. Ergò filii emancipati dati in adoptionem, dum ſunt in adoptiva familia ſuccedunt Patri naturali ab inteſtato. De hac lege 1. *in* §. *ſi impubere* plures tetigit difficultates Antonius Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12. & noſtram difficultatem etiam tetigit & diſſolvit, dicendo: Quòd *in d.* §. *ſi impubere* loquitur Ulpianus de caſu, quo filius ille arrogatus fuit jam emancipatus à patre arrogatore vivo patre naturali, quo caſu, ùt poſteà videbimus, jam poſſunt adoptati ab inteſtato patri naturali ſuccedere. Quæ ſolutio præter authoritatem Fabri ex verbis legis infertur, dum dicit Conſultus in d. §. *ſi impubere. Cæterùm ſi adhuc Pater adoptivus vivit, qui eum emancipavit*: ex quibus clarè infertur fuiſſe emancipatum à patre adoptivo, & antè mortem patris naturalis: undè cùm fuerit emancipatus à patre arrogatore ſinè cauſa, habet impubes quartam ex Conſtitutione D. Pii, quam conferre tenetur, ſi orta jam eſt quartæ petitio, ut poſſit ſuccedere arrogatus patri naturali ab inteſtato.

Deci-

29 Decima difficultas provenit ex textu, qui magis in hac materia torsit ingenia DD. Iste est textus in *leg. si duobus* 14. §. *filius* vers. *item si filius ff. de bonor. possession. contra tabulas*: audi casum legis: Filius quidam emancipatus filium procreavit, quem emancipavit, ille filius pater istius, emancipato filio, dedit se in arrogationem, & mortuo patre adoptivo decessit, dubitatum fuit apud Africanum, utrùm iste filius, & nepos respectivé habeat bonorum possessionem contra tabulas sui patris naturalis mortui in adoptiva familia, & respondet Consultus, quòd iste nepos admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas & patris & avi ex decreto, nè alioquin ab omnibus bonis excluderetur. Sic pondero hanc decisionem pro nostro intento: non magis implicat, quòd filius succedat suo patri mortuo in adoptiva familia, quàm quòd filius, dum est in adoptiva familia succedat patri suo naturali, cùm successiones debeant esse reciprocæ, ùt suprà dissert. 5. num. 28. sed in *d. leg.* 14. §. *fin. in fine* filius præteritus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas patris sui naturalis, qui mortuus fuit in adoptiva familia, quamvìs pater adoptivus esset mortuus, juxtà *leg.* 9. *ff. de contra tabulas*, & ea, quæ adducit Faber *tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12. & ego dixi suprà num. 23. Ergò etiam filius emancipatus datus in adoptionem, dum est in adoptiva familia, si est præteritus, habebit bonorum possessionem contra tabulas patris naturalis. Idem argumentum efformatur ex *leg.* 3. §. *si Pater* 9. *ff. de contra tabulas*. De hac *lege* 14. §. *fin. in fine.* latè egerunt duo magni nominis in nostra Jurisprudentia Authores Bartholomeus Chesius, & D. Josephus Retes, iste *in Adversariis cap.* 5. *num.* 11. ille *lib.* 1. *interp. cap.* 9. resumamus cum illis textûs intelligentiam.

Pro

Pro qua mente est tenendum, quòd filii, qui sunt extra familiam patris sunt in duplici differentia, alii sunt filii emancipati, & alii sunt filii derelicti: Filii emancipati dicuntur illi, quos pater per solemnitatem emancipationis à sua potestate liberavit §. *prætereà* 9. *Inst. Quib. mod. jus Patriæ potestatis solvitur*: Filii derelicti dicuntur illi, quorum nomen transivit in alienam familiam, & non transierunt filii, sed derelicti fuêre, & hujusmodi est filius nostræ legis 14. *in fin. ff. de bonor. possessionibus contra tabulas*, quia pater ejus transivit in familiam patris adoptivi, cui se dedit in arrogationem, & filius ejus non transivit; quia per arrogationem patris solùm transeunt in potestatem arrogatoris illi filii, qui erant in potestate arrogati, & non emancipati §. *illud proprium pen. Inst. de adoptionib. prin. tit. Inst. de acquisit. per arrogationem leg.* 15. *leg.* 40. *ff. de adoptionib. leg. qui ex liberis* 11. §. *ultim. ff. de bonor. possession. secundùm tabulas.* Donellus *lib.* 2. *cap.* 23. & ibi Hilligerus in notis, & in nostra lege, ùt ait textus, filius filii, qui se dedit in arrogationem jam erat emancipatus. 30

De istis filiis derelictis magna fuit quæstio, & controversia apud Juris Consultos Romanos, an haberent præteriti bonorum possessionem contra tabulas Patris, qui eos dereliquit? Julianus ùt refertur in leg. *si Pater* 17. *ff. de contra tabulas* in ea fuit opinione, quòd filii derelicti à Patre non habebant præteriti bonorum possessionem contra tabulas eâ motus ratione, quia Pater erat in una familia adoptiva scilicet, & filius in alia; tum quia edictum de *contra tabulas*, & ejus verba loquuntur de filio emancipato, & filius derelictus non exivit de familia Patris per emancipationem: sed tamen Juris Consultus Marcellus in contraria fuit opinione ex æquitate, quòd scilicet filii derelicti habebant bo- 31

K norum

norum possessionem contra tabulas Patris, quam sententiam rejectâ Juliani admisit fori disceptatio, & Ulpianus in *leg.* 17. *ff. de contra tabulas l.* 3. *§. si Pater ff. eod.* Et fundatur hæc benigna, & humana sententia in hac ratione, quia ille filius derelictus nullius hæreditatis spem habet, sicuti emancipatus. Secundò. quia filius derelictus, Jure naturæ inspectô non minùs est filius, quàm filius suus & emancipatus, & juxta mentem (licèt non juxta verba) edicti Prætoris non minus favore bonorum possessionis contra tab. dignus est filius derelictus, quàm filius emancipatus.

32 Undè jam oritur solutio nostræ difficultatis, ùt paucis verbis insinuavit Retes *d. cap.* 5. *num.* 11. quod ideò in nostra leg. 14. *§. fin. in fine & l.* 3. *§. si Pater* 9. *ff. de contra tabulas*, filius ille, cujus Pater mortuus fuit in adoptiva familia, præteritus habet contra tabulas, quia fuit derelictus à Patre, & sic ex æquitate, & benignitate filius ille, quam Pater absque successionis spe dereliquit, transeundo cum bonis & fortunis suis in alienam familiam habebit contra tabulas: Quod secùs in nostro casu *§. at hi Inst. de hæreditatib. quæ ab intestato deferuntur.* Ubi Pater non dereliquit filium emancipatum, qui se dedit in adoptionem, sed imò potiùs filius ille, qui se dedit in adoptionem dereliquit Patrem suum, familiam & hæreditatem arrogatoris affectando, & sic non videtur dignus benignitate & æquitate Prætoris, sicuti filius derelictus dictæ *leg.* 14. *§. fin. & leg.* 3. *§.* 9. *ff. de bonorum possessionibus contra tabulas.*

33 Circa dandam nostro filio derelicto *leg.* 14. *in fine ff. de contra tabulas* bonorum possessionem testamenti Patris decedentis in adoptiva familia, parva aut nulla dabatur difficultas; major difficultas erat circà dandam bonorum possessionem isti filio derelicto in ordine ad hæreditatem avi, an si fuit

præ-

præteritus ab avo posset illius testamentum contratabulare? & videbatur non posse, quia ab avo nec fuit emancipatus, nec fuit derelictus, quæ quæstio non erat decisa, nec controversa apud Romanos: Sed in *d. l.* 14. §. *fin.* Africanus in fine decidit quæstionem, dicendo, quòd iste filius derelictus admittitur ad contra tabules avi, quamvìs ab eo nec sit emancipatus, nec derelictus, ex decreto, non ex edicto; quia verba & mens edicti de contra tabulas solùm ad emancipatos à Patre, & ad derelictos accommodatur: undè requirebatur, quòd ille nepos obtineret decretum, & provisionem formiter Prætoris, qui judicialiter pro tribunali sedendo, & causa cognita illi filio derelicto bonorum possessionem contra tabulas avi decerneret. Ratio cur Africanus motus fuit ad concedendum huic filio derelicto bonorum possessionem decretalem contra tabulas avi (quæ quid sit, & quid sit bonorum possessio edictalis clarè explicat Chesius *lib.* 1. *inter cap.* 9. *an.* 1.) ea fuit adducta in textu: *nè alioqui ab omnium bonis excluderetur*, id est, à bonis Patris, & à bonis avi: sed nunc intrat Bartholomeus Chesius *lib.* 1. *int. d. cap.* 9. *& num.* 14. *in fine* & subtilissimè dubitat: quô modô si secundùm opinionem Marcelli in *l.* 17. *ff. de contra tabulas*, filius derelictus admittitur ad bona Patris in adoptiva familia existentis, & ex edicto seu mente edicti, potest dicere Africanus, quod poterat esse casus, quo ille filius derelictus à bonis avi & Patris privaretur? cui dubio respondet ipse Chesius *d. cap.* 9. *in fine num.* 20. quod faciliter posset evenire casus, in quo filius derelictus privaretur à bonis omnium, scilicet Patris & avi; utpote à bonis Patris, si Pater suus adhuc esset in adoptiva familia, & Pater adoptivus vivus, quo casu cùm ille Pater adoptatus ùt filiusfam. non posset facere testamentum.

prin. tit. Inst. quibus non est permissum facere testament. non posset contra illius testamentum dari filio derelicto bonorum possessio contra tabulas ad rescindendum testamentum nullum, nec ille Pater posset habere hæredem filium derelictum ab intestato; sed bona jure peculii adoptivo Patri acquirerentur jure antiquo §. 1. *Inst. de acquisit. per arrogationem,* de quo casu intelligit Chesius rationem decidendi Juris Consulti Africani: Et à bonis avi privaretur in casu quo à Prætore causa cognita decreto non succurreretur: unde hac ratione Africanus ex æquitate filium derelictum ad decretalem bonorum possessionem contra tabulas avi admisit: undè quam malè Africani responsum pro rigoroso increpassent Cujacius, & ex eo Retes *lib. 2. opusc. Sect. 1. cap. 1. num.* 9. jam patet. Nec contra obstat textus *in l. 6. §. si filius ff. de contra tab.* quia ibi loquitur de nepote non derelicto, qui simul cum Patre in adoptivam familiam transivit.

34 Sed adhuc major difficultas illius *leg. 14. §. fin. in fine* visa non fuit, quæ est hæc: si filius derelictus à Patre suo admissa benigniori Marcelli contra Julianum sententia ex mente edicti perpetui Prætoris de contra tab. licèt non ex verbis, admittitur, quomodo potest dicere Africanus in d. textu, quòd filius ille *& contra* patris, & contra avi tabulas decreto admittitur. Doctissimè dubium dissolvit D. Josephus Retes *d. cap. 5. num.* 8. ad quod allusisse etiam videtur Chesius *d. cap. 9. num.* 20. dicendo, quòd Marcellus filium derelictum ex edicto ad bonorum possessionem contra tabulas patris existentis in adoptiva familia admittebat; Julianus illum non admittebat, nisi ex decreto *l. si Pater 17. ff. de contra tabulas.* Africanus procul dubio sequutus fuit Juliani sententiam, undè illa verba *decreto* ad utramque bonorum possessionem, & patris

&

& avi referebat: sed tamen Compositores Digestorum, & præcipuè Tribonianus, qui voluerunt sedare dissenssiones antiquorum Juris Consultorum, & hac arte Digestorum libros compilare, ut cognosceremus casus, in quibus antiquæ Consultorum scholæ controvertebantur in *d. l.* 14. §. *fin.* cum maximo mysterio posuerunt in utraque bonorum possessione illud verbum *decreto*, sed mens illorum solum fuit, quòd ex prævalente Marcelli opinione illud verbum *decreto* referretur ad bonorum possessionem avi, & ad casum avi, ad quem immediatè sequitur. Sicque in casu patris non requirebatur decretum, sed ex mente edicti *bonor. possessio. contra tabulas* filio derelicto dabatur.

Undecimò obstabis ex leg. *non putavit* 8. §. *si* 35
filium ff. de bonor. possessionib. contra tabulas, in quo textu fuit casus, quòd Pater naturalis exhæredavit filium suum emancipatum datum in adoptionem, dùm erat in adoptiva familia, qui filius adoptatus posteà antè mortem Patris naturalis fuit emancipatus à Patre adoptivo, dubitatum fuit apud Consultum *in d. tex.* an tali filio posteà ab adoptivo Patre emancipato noceat exhæredatio facta à Patre naturali? cui dubio respondet Consultus affirmativè hæc est decisio Consulti, quam sic pondero; Certum est principium in nostro Jure, quòd cùm exhæredatio sit debitæ hæreditatis ademptio, solùm ille potest exhæredari, cui hæreditas debetur, & quòd extranei non possunt exhæredari. Osualdus *ad Donellum lib. 6. cap.* 13. *lit. A.* textibus & authoribus exornans; Sed in *d. l.* 8. §. *si filium*, filius emancipatus datus in adoptionem, dum erat in adoptiva familia potuit exhæredari à Patre naturali: Ergò non est extraneus Patri naturali, & hæreditas Patris naturalis illi debetur. Cui difficultati respondetur, quoad hoc,

ut exhæredatio valeat, sufficit, quòd ille, qui exhæredatur possit habere jus in illa hæreditate illius, qui exhæredat, ùt *in leg.* 44. *ff. de hæredib. Instit.* & cùm filius emancipatus datus in adoptionem, dum est in adoptiva familia, possit habere jus in hæreditate Patris naturalis, quia potest emancipari à Patre adoptivo vivo Patre naturali, quo casu in hæreditate istius jus habet §. *ut hi Inst. de hæreditat. quæ ab intestato*, ût fuit factum in *d. l.* 8. *si filium*: ideò in d. leg. valet exhæredatio illius filii, dum est in adoptiva familia, & si posteà vivo Patre naturali emancipatur à Patre adoptivo, nocet tali filio exhæredatio.

36 Ultimò obstabis ex duobus textibus in hac materia difficilibus: Primus est textus *in l.* 1. §. *in adoptionem ff. de conjungendis cum emancipato liberis*: Ubi dicit Consultus, quòd filius datus in adoptionem conjungitur cum nepote, ut veniant ad hæreditatem Patris naturalis, qui textus parvam habet difficultatem; Nam in d. textu supponit Consultus, filium adoptatum fuisse à Patre naturali hæredem institutum, quo casu, commisso Edicto per nepotem, potest contra tabulas habere eô modô, quô suprà dixi n. 24. Majorem difficultatem habet secundus, & alter textus, qui est lex *si impubes* 7. §. 1. *ff. de Carboniano Edicto*, ubi quidem filius impubes datus in adoptionem volebat habere contra tabulas testamenti Patris naturalis, & ei mota fuit controversia, non esse filium Patris naturalis, eò quia datus erat in adoptionem; Dubitatum fuit, utrùm huic filio possit dari bonorum possessio Carboniana interim pendente filiationis controversia? & respondet Consultus affirmativè: Ergò ille filius datus in adoptionem habet jus ad obtinendam Patris naturalis hæreditatem, ùt jam dicit Consultus; Cùm Carboniana bonorum possessio

fessio solùm detur illis, qui jus ad hæreditatem habere possunt. Secundò Carbonianum Edictum solùm competit illis, qui possunt habere contra tabulas *l.* 1. §. *& generaliter l.* 2. *l.* 1. §. 8. *ff. de Carboniano* dixi Dissert. 4. n. . Ergò filius datus in adoptionem potest habere contra tabulas testamenti Patris naturalis. Cui difficultati duplex potest adhiberi solutio, una, quòd *in d. l.* 7. §. 1. *ff. de Carboniano Edicto*, loquitur de filio impubere dato in adoptionem instituto hærede à Patre naturali, qui cum, commisso per alium filium Edicto, possit habere contra tabulas, ùt sæpiùs dixi, etiam potest habere Carbonianam bonorum possessionem: Altera solutio est, quòd *in d. l.* 7. §. 1. loquitur Consultus de filio dato in adoptionem à Patre adoptivo, vivo Patre naturali emancipato, qui cùm possit habere contra tabulas, & succedere Patri narurali, ùt posteà videbimus, etiam potest habere Carbonianam. Alios multos textus obstantes relinquo, quia supràpositis principiis faciliter disolvi possunt.

Secunda Contingentia, ùt suprà n. 6. dixi, est, quando filius emancipatus datus in adoptionem est jam emancipatus à patre adoptivo vivo patre naturali; In hoc casu duplex est dubium: Unum, an iste filius emancipatus vivo patre naturali succedat patri adoptivo emancipatori? & aliud, utrúm succedat patri naturali? Primo dubio responsio accommodatur quòd filius emancipatus à patre adoptivo nec succedit illi ab intestato, nec debet à patre adoptivo emancipatore necessariò institui vel exhæredari; ità ut præteritus non habet bonorum possessionem contra tabulas testamenti patris adoptivi. Hæc regula habetur in §. *at hi* §. *eadem Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* §. *adoptivi liberi* 4. *Inst. de exhæredatione* 37

libe-

liberorum, ùt tenent DD. citati suprà n. 17. Ratio decidendi est, quia ille, qui est omninò extraneus defuncti, non potest ei succedere ab intestato, cùm successio ab intestato sit actus legitimus, quô proximiori Consanguineo hæreditas intestati defertur, dixi Differt. 5. n. 3., nec potest habere præteritus bonorum possessionem contra tabulas; Sed filius adoptivus emancipatus à patre adoptivo nullo jure, neque Civili, neque naturali est conjunctus patri adoptivo emancipatori, sed extraneus: Nam neque est ei suus hæres, quia per emancipationem suitas, & patria potestas dissoluta est §. *præterea Inst. quib. modis Jus patriæ potestatis solvitur*, neque est agnatus; quia per emancipationem, quæ est capitis diminutio, agnatio tollitur §. *ultim. Inst. de legitim. agnator. tutela*, neque jure naturai est ei filius, quia nunquam talis ei fuit, neque cognatus, cùm vinculo sanguinis ei non conjungatur: Ergò filius adoptivus emancipatus à patre adoptivo neque ab intestato, neque ex testamento necessariò patri adoptivo succedit. Secunda ratio est, quia tota ratio æquitatis, in qua fundatur prætor ad dandum filiis emancipatis bonorum possessiones tam *undè liberi*, quàm *contra tabulas* est, quia filii emancipati naturaliter, & jure naturali inspectô sunt filii, sicut filii sui: & filii adoptivi neque existentes in familia patris adoptivi, neque emancipati unquam sunt filii naturaliter, & jure naturali. Tertia, quia cùm cessante causâ cesset effectus, & filii adoptivi succedant patri adoptivo tàm ex testamento, quàm ab intestato ob meram fictionem adoptionis, quæ cessat per emancipationem: hac de causa filii adoptivi emancipati à patre adoptivo nullum jus succedendi habent patri adoptivo, sivè ex testamento, sivè ab intestato.

Ex

Ex quo infert Justinianus in §. *minùs ergò Inst.* 38
de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur, quòd minùs juris habent filii adoptivi in ordine ad patrem adoptivum, quàm naturales & legitimi in ordine ad patrem naturalem; Et est quòd filii naturales emancipati licèt Jure Civili non sint cogniti, gaudent tamen beneficio Prætoris §. *emancipati Inst. de hæredit. quæ ab intestato.* §. *emancipatos Inst. de exhæredat. liberor.* ùt dixi: latè dissert. 4. & 5. quia licèt desinant sui hæredes esse, non desinunt tamen esse filii, eò quia naturalia jura filiationis civilis ratio emancipationis perimere non potest §. *sed naturalia* 11. *cum vulgatis Inst. de jure naturali, gent. & civili*: Filii autem adoptivi emancipati à Patre adoptivo neque sunt sui hæredes jure civili, quia jus suitatis & Patriæ potestatis civile per adoptionem acquisitum civili emancipatione dissolvitur §. *prætereà Inst. quib. modis jus Patriæ potestatis solvitur. l. nihil tam naturale* 35. *ff. de Reg. jur.* neque sunt filii jure naturali, quì à Patre adoptivo nullatenus fuerunt geniti.

Contra tamen supradictam Conclusionem pri- 93
ma difficultas fieri potest ex eo, quia Prætor dat bonorum possessionem illis filiis emancipatis, qui si non essent emancipati, essent sui hæredes, & dicerent Patris testamentum nullum *l. non putavit* 8. *ff. de contra tabulas*, ùt ex Retes dixi diss. 4. num. 47. sed filii adoptivi, si non essent emancipati à Patre adoptivo essent ei sui hæredes §. *Inst. de hæredit. quæ ab intestato*, & præteriti dicerent Patris adoptivi testamentum nullum §. *adoptivi* 4. *Inst. de exhæredat. liberor.* dixi suprà num. 7. Ergò filii adoptivi emancipati à patre adoptivo tam ex testamento necessariò, quàm ab intestato patri adoptivo succedent. Tum quia Prætor dat bonorum possessionem *undè liberi* & *contra tabulas* filiis emancipatis rescindendo eorum emancipationem, & reponendo illos in pri-

L stinum

ſtinum ſtatum ſuitatis, ac ſi emancipati non fuiſſent, ùt dixi pluribus ſuprà diſſ. 4. num. adde nunc Cheſium *lib.* 1. *int. cap.* 9. *num.* 17. ſed ſi Prætor reſcinderet capitis diminutionem ſeu emancipationem filii adoptivi emancipati, illùmque reponeret in priſtinum ſtatum ſuitatis, ac ſi emancipatus non eſſet, iſte filius adoptivus emancipatus jam ſuccederet patri adoptivo: Ergò filii adoptivi à patre adoptivo emancipati, illi ſuccedunt ab inteſtato: Reſpondetur his rationibus dubitandi, quòd illa regula Prætoris admittendi ad bonorum poſſeſſiones illos filios, qui ſi eſſent ſui, dicerent teſtamentum patris nullum, & ille color ſeu prætextus reſcindendi eorum emancipationem reponendo illos in priſtinum ſuitatis ſtatum, fundabatur in æquitate illa, quòd tales filii naturaliter, & jure naturæ inſpecto erant filii à patribus procreati: ſicque ſolùm poterant habere locum illæ regulæ in filiis naturalibus, & legitimis emancipatis: undè cùm filii adoptivi à patre adoptivo emancipati naturaliter & eo jure inſpecto non ſint ei filii, cùm unquam ab eo fuerint procreati: hac de cauſa prætor non potuit ſumere illum colorem, & prætextum reſcindendi emancipationem tanquam deficiente fundamento æquitatis, ut poſſet filiis adoptivis emancipatis à patre adoptivo bonorum poſſeſſiones *unde liberi* & *contra tabulas* dare.

Secundò. Obſtabis ex Juſtiniano in §. *ergò non*
40 *omnes* 1. *in fine Inſt. de nuptiis*, ubi dicit Imp. Juſtinian. quòd pater non poteſt nuptias contrahere cum filia adoptiva, quam emancipavit, quod etiam habetur in *leg.* 55. *ff. de ritu nuptiarum.* Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 5. & adducunt rationem omnes DD. in *d.* §. 1. *Inſt. de nuptiis*, quia diſſoluta adoptione per emancipationem, adhuc remanent aliquæ reliquiæ patriæ poteſtatis, quæ impediunt inter patrem

trem

trem & filiam adoptivam emancipatam justas nuptias: Ergò etiam hæ reliquiæ patriæ potestatis, quæ remanent post emancipationem filii adoptivi sufficient, ut talis filius possit patri adoptivo emancipatori ab intestato succedere. Respondetur huic objectioni dicendo, quòd maxima est differentia inter nuptias & successionem ab intestato, quod in nuptiis non solùm inspicitur id, quod licet; sed magìs attenditur id, quod honestum est. *l.* 11. *ff. de ritu nuptiarum. l.*197. *ff. de reg. juris. l.* 144. *ff. eodem.* Faber in *pap. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 2. Undè cùm inhonestum sit, quòd filiam emancipatam adoptivam pater adoptivus emancipator in uxorem duceret; malè enim honestati sonaret, habere in uxorem illam, quam quis aliquo tempore in filiam habuit: hâc de causa reliquiæ illæ patriæ potestatis, quæ remanent in adoptivis post emancipationem impediunt nuptias inter patrem & filiam adoptivam emancipatam: In successionibus sive ex testamento, sive ab intestato non attenditur, nec consideratur hæc ratio honestatis; & sic filii adoptivi à patre adoptivo emancipati non succedunt ab intestato.

41 Tertia difficultas est, quia filius impubes arrogatus emancipatus succedit in bonis patris arrogatoris, & habet quartam legitimam in bonis illius *l.* 22. *ff. de adoptionibus* §. 3. *Inst. eodem. l.* 2. *Cod. eodem. l. fin. ff. si quid in fraudem Patroni l.* 8. §. *si quis impubes ff. de inofficioso testam. l.* 1. §. *si impubere ff. de Collatione bonorum.* Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.* 12. Donellus *lib.* 2. *cap.* 23. & *lib.* 7. *cap.* 16. & ibi Osualdus *lit. D.* Oros *lib.* 5. *cap.* 6. *num.* 8. Josephus del Villar *de pupillari cap.* 3. §. 1. *an.* 37. D. Franciscus Ramos del Manzano *tract. de legatis cap.* 1. *n.* 9. taliter, quòd pater adoptivus tenetur ei quartam relinquere in testam. ut tenent omnes ultimi Authores citati: Ergò filii adoptivi emancipati à patre adoptivo illi

ab inteſtato ſuccedunt. Reſpondetur quòd illa regula generalis, quòd filii adoptivi emancipati à patre adoptivo nullatenus ei ſuccedunt, neque ab inteſtato, neque neceſſariò ex teſtamento, patitur exceptionem in filio arrogato impubere emancipato, qui habet quartam bonorum patris arrogatoris ex Conſtitutione D. Pii, ſi fuerit emancipatus ſinè juſta cauſa; quod maxima æquitate conſtituit Imperator Pius (in hoc verè pius, ùt ſcribit Antonius Faber *dicta illat.* 12.) quia multoties callidi, & aſtuti patres arrogatores arrogabant impuberes innocentes ad uſurpandum eorum bona, & poſteà acquiſitis bonis eos emancipabant: undè ad coërcendam hanc calliditatem arrogatorum, & ut faciliores eſſent in retinendis arrogatis impuberibus in familia, couſtituit D. Pius, quòd ſi eos ſinè juſta cauſa emancipabant, quartam partem ſuorum bonorum ultra bona propria arrogati dare tenerentur dictis impuberibus, latiùs Faber *dicta illat.* 12.

42 Alteri dubio an ſcilicet filii emancipati dati in adoptionem à patre adoptivo vivo patre naturali emancipati patri naturali ſuccedant? Reſpondetur, quòd filii emancipati dati in adoptionem à patre adoptivo vivo patre naturali emancipati ſuccedunt ab inteſtato patri naturali, & ab illo debent neceſſariò inſtitui vel exhæredari, aliàs præteriti contratabulant teſtamentum §. *at hi* §. *eadem Inſt. de hæreditatibus, quæ ab inteſtato. l.* 6. §. *ultim. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, & aliis textibus ex Authoribus, quos citavi ſupra num. 17. Hoc modo intelligitur Imp. Juſtinianus in §. *adoptivi liberi* 4. *Inſt. de exhæredat. liberorum. in fine*, dum ait: *Cùm verò emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in cauſa eſſe, in qua futuri eſſent, ſi à naturali patre emancipati fuiſſent.* Quæ verba nè obſtent contra §. *minùs ergò*, & ea, quæ diximus num. 37. & 38. intelliguntur de filiis adopti-

adoptivis emancipatis in ordine ad patrem naturalem, & non in ordine ad patrem adoptivum, & etiam pro nostro casu intelliguntur de filiis adoptivis emancipatis vivo patre naturali, aliàs ùt postea videbimus, nihil juris haberent in hæreditate patris naturalis.

Ratio autem nostræ Conclusionis, cur scilicet 43 filii adoptivi emancipati à Patre arrogatore vivo Patre naturali succedunt Patri naturali per bonorum possessionem undè liberi, & contra tabulas est, est quia cùm tota ratio, propter quam filii emancipati dati in adoptionem, dum erant in adoptiva familia non succedebant Patri naturali per bonorum possessionem *undè liberi*, & *contra tabulas*, esset, quia cùm haberent Patrem adoptivum, in cujus erant potestate, Prætor non poterat uti illo colore & prætextu rescindendi emancipationem adoptivorum, & reponendi illos in potestatem Patris naturalis; neque considerabantur tales filii ùt filii Patris naturalis, cùm alium Patrem haberent, nempe adoptivum; Et jam habebant, cui succederent utpote Patri adoptivo, ùt latè dixi hac dissert. 6. n. 18.; Et cùm omnes istæ rationes cessent in filio adoptato vivo Patre naturali, emancipato, ùt discurrendo patet, & ideò si filii dati in adoptionem fuerint emancipati à Patre adoptivo vivo Patre naturali possunt isti ab intestato succedere ei per *contra tabulas*. Quæ omnia insinuavit Justin. in nostro §. *at hi Inst. de hæreditat. quæ ab intestato*, dum dixit: *Ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent*; Cùm emancipatio Patris adoptivi deleat illam fictionem adoptionis.

Relictis contra hanc conclusionem omnibus 44 rationibus, quibus in Dissert. 4. & 5. probavi filios emancipatos non succedere patri emancipatori, quæ etiam contra ea, quæ nunc dicimus

obstant: sit prima difficultas *ex leg.* 14. §. *filius in fin. ff. de contra tabulas*, quæ licèt suprà sit explicata pro casu finis §. 1. non tamen pro principii casu: In principio enim *d.* §. *fin.* fuit casus, quod Filius aliquis emancipatus dedit se in arrogationem, & in familia adoptiva filium procreavit, quem emancipavit post mortem patris adoptivi, dubitatum fuit, utrùm iste nepos, qui jam non est in adoptiva familia possit habere bonorum possessionem contra tabulas avi naturalis, & respondet Consultus, quòd illam potest habere ex decreto: Sic ponderat legem contra nostrum casum Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *int. cap.* 9. *n.* 5. Certum est in materia bonorum possessionis, quòd ille, qui habet bonorum possessionem ex Edicto Prætoris mortui, non debet implorare decretum Prætoris vivi ad obtinendam bonorum possessionem, ùt constat ex his, quæ tradit Chesius *d. cap.* 9. *à n.* 1. Sed in dicto casu nepos ille, qui fuit in adoptiva familia, & fuit emancipatus à patre ad hoc, ùt habeat bonorum possessionem contra tabulas avi naturalis, indiget Prætoris decreto: Ergò non habet illam ex Edicto, & sic filii adoptati emancipati à patre adoptivo non succedent patri naturali. Neque hæc difficultas dissolvi potest dicendo, quòd *in d. l.* 14. §. *filius.* fuit ille nepos emancipatus mortuo avo naturali: Quia sic nec talis nepos posset habere bonorum possessionem contra tabulas ex decreto. Igitur doctissimè Chesius dissolvit difficultatem *d. cap.* 9. *n.* 17. dicendò, quòd ad hoc, ùt Prætor daret emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, sumpsit illum colorem & prætextum rescindendi emancipatum, & reponendi emancipatum in pristinum statum suitatis *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. *si filium ff. de cont. tab.* quod non potuit facere Prætor *in d. l.* 14. §. *fin.* in illo nepote emancipato

à patre suo existente in adoptiva familia, quia semper ille nepos habet patrem emancipatum, qui eum præcedit, & sic nunquam rescissâ emancipatione erit suus: Neque ex Edicto poterit habere bonorum possessionem contra tabulas, & sic indiget decreto.

Rectè quidem Bartholomæus Chesius solveret difficultatem, si prævidisset quod solvere potuisset hanc difficultatem sequentem. Quia *in d. l.* 14. §. *filius fin. ff. de bonorum possessionib. contra tabulas* pater illius filii non potest obstare nepoti, quô minùs rescissâ emancipatione sit suus hæres avo, & primum in familia obtineat gradum, quoniam filii dum existunt in adoptiva familia in ordine ad patrem naturalem non considerantur à Prætore quasi liberi patris naturalis, nec Prætor potest rescindere illorum emancipationem, ùt dixi suprà hac Differt. n. 18. sed *in d. leg.* 14. §. *filius fin.* pater illius nepotis erat in adoptiva familia. Nam licèt esset mortuus pater adoptivus, tamen filii adoptivi, qui morte patris adoptivi exeunt de patria potestate illius, continuant familiam adoptivam *leg. utrùm* 9. *ff. de contra tabulas*, ùt dixi suprà n. 23. Ergò Prætor *in d. l.* 14. §. *filius*, non potest rescindere emancipationem patris existentis in adoptiva, & sic talis pater non potest obstare nepoti, quominùs rescissâ emancipatione obtineat primum gradum in ordine ad avum naturalem, & contra tabulas illius habeat bonorum possessionem. 45

Undè solutio supràdictæ difficultatis meo judicio salva semper lectoris censura, est, quòd *in d. l.* 14. §. *filius* non potest Prætor dare nepoti illi emancipato à patre existente in adoptiva familia bonorum possessionem contra tabulas avi ex Edicto de bonorum possessionibus contra tabulas; 46

cò

eò quia bonorum possessio contra tabulas ex verbis Edicti solùm datur filiis emancipatis, & ex mente Edicti filiis à patre derelictis: Undè cùm ille filius nunquam posset didi emancipatus in ordine ad avum; Eò quia nunquam fuit in patria potestate avi naturalis, cùm fuerit procreatus à patre suo emancipato, & existente jam in adoptiva familia, neque fuit ab avo naturali derelictus, ùt constat: hac de causa non potuit ex Edicto habere bonorum possessionem contra tabulas avi naturalis; Sicque requiritur decretum Prætoris causa cognita, & judicialiter ei bonorum possessionem contra tabulas avi naturalis concedentis. Quam solutionem insinuavit D. Josephus Retes in *adversariis cap. 5. n. 11.*

47 Sit secunda difficultas ex hac indissolubili ratione dubitandi: Quia si filius datus in adoptionem emancipatus à patre adoptivo vivo patre naturali haberet bonorum possessionem contra tabulas testamenti patris naturalis, sequeretur, quòd validitas testamenti patris naturalis dependeret ab alieno arbitrio, & voluntate patris scilicèt adoptivi: Nàm fingamus casum, patrem naturalem habentem filium emancipatum datum in adoptionem fecisse testamentum multo tempore, antequam mortuus fuisset, ùt sæpè sæpiùs possunt fieri testamenta, & in eo testamento filium emancipatum existentem in adoptiva familia præteriisse, certè in hoc casu, si pater adoptivus emancipare vult filium illum ante mortem patris naturalis invalidabit testamentum Patris naturalis per bonorum possessionem *contra tabulas*, quæ filio emancipato ante mortem patris naturalis competit, & sic validitas testamenti patris naturalis dependebit ab arbitrio patris adoptivi: Sed validitas testamenti non potest dependere ab alieno arbitrio. *l. illa institutio 32. ff. de hæredib. Instit. l. 52. ff. de*

ff. de Conditio. & demonstratio. l. 68. *ff. de hæredib. Instit. l.* 1. *ff. de testamentis l.* 11. *tit.* 3. *partit.* 6. & ibi Gregorius Lopez verbo : *Alvedrio de otro* D. Hyeronimus de Oros *de apicibus jur. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 2. & *lib.* 5. *cap.* 6. *n.* 6. Ergò filii emancipati dati in adoptionem emancipati à patre adoptivo vivo patre naturali non possunt succedere patri naturali, nec per bonorum possessionem *undè liberi*, nec per *contra tabulas.* Relucet magìs vis nostræ rationis dubitandi, si attendamus, quod Justinianus in nostro §. *at hi Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur in fine*, ùt posteà videbimus, dixit, quòd ideò filii emancipati dati in adoptionem emancipati à patre adoptivo mortuo patre naturali non succedunt ab intestato patri naturali, quia esset in potestate patris adoptivi, velle, ad quos successio patris naturalis pertineret, an ad liberos, eos emancipando, an ad agnatos, filios non emancipando; Sed hæc ratio, ùt suprà vidimus, etiam militat in filiis datis in adoptionem emancipatis vivo patre naturali : Ergò etiam Justinianus debebat statuere, quòd filii dati in adoptionem emancipati vivo vivo patre naturali non possent habere bonorum possessionem contra tabulas patris naturalis.

Hac difficultate diù oppressus cogitabam illam 48 sinè solutione relinquere, sed tamen discurrendo excogitavi solutiouem, dicendo, quòd illa regula, quòd testamenti validitas, & institutio hæredis non potest dependere ab alieno arbitrio intelligitur in fieri, id est, quod quando aliquis facit testameutum, non potest illud facere cum arbitrio, & voluntate alterius, seu conferre illud in arbitrium & volunsatem alterius; At verò in facto esse bene potest extrinsecè validitas institutionis & testamenti dependere à voluntate & arbi-

trio hæredis volentis adire vel non adire hæreditatem, & ab arbitrio filii volentis, vel nolentis intentare quærelam, seu contra tabulas; & hoc modô extrinsecè & in facto esse dependeret validitas testamenti patris naturalis à voluntate, & arbitrio patris adoptivi volentis vel non volentis emancipare filium adoptivum. Majorem difficultatem habet secunda ratio dubitandi à paritate rationis Justiniani *in d.* §. *at hi*: sed dices quod in dicto §. *at hi* loquitur Justinianus de successione hominis jam mortui, & in puncto deferendæ successionis, quàm absurdum esset dependere ab alieno arbitrio, & voluntate patris adoptivi; Casus verò propositus in ratione dubitandi loquitur de successione hominis adhuc vivi, & non hominis mortui, & de successione, quæ adhuc non erat in puncto deferendæ; Et sic nil absurdum, quòd aliquo modo dependeat à voluntate patris adoptivi volentis emancipare, vel non filium adoptivum.

49 Tertia & ultima Contingentia proposita à nobis in hac Differt. 6. n. 6. est de casu, quo pater adoptivus emancipavit filium datum in arrogationem mortuo patre naturali, an scilicet in hoc casu succedat patri adoptivo? Et an succedat patri naturali? Circa successionem patris adoptivi nulla potest esse difficultas, quòd filii adoptivi emancipati à patre quolibet tempore, cum tunc extraneorum loco habeantur, non possunt succedere patri adoptivo sive necessariò ex testamento, sive ab intestaato, secundùm ea, quæ jam diximus suprà a n. 37. solum dubium est, an isti filii emancipati à patre adoptivo mortuo patre naturali possint succedere patri naturali, sive ex testamento, sive ab intestato? Et quidem prima fronte oculis se obijcit hæc ratio dubitangi: Quia ad successionem ab intestato sufficit, quod adsis

quali-

qualitas requisita ad talem successionem tempore, quo defertur hæreditas, seu delatæ hæreditatis §. *proximus Inst. de legitima agnator. successione l.* 7. *ff. undè liberi* Valentia *illus.* 3. *tract.* 4. *cap.* 2. *n.* 13. *& tract.* 3. *cap.* 4. *n.* 11. Bartholomæus Chesius *lib.* 1. *int. cap.* 7. *n.* 21. Sed in casu, quo filius emancipatus datus in adoptionẽ emancipatur à patre adoptivo mortuo patre naurali, jam est capax succedendi patri naturali, & cessat impedimentũ propter quod illi non succedebat, utpote esse in aliena familia, maximè si supponamus casum, quo non fuit delata hæreditas ab intestato statim à morte patris naturalis, sed à die destituti testamenti §. *proximus Inst. de legitim. agnator. successio.* Ergò filii dati in adoptionem licèt emancipati mortuo patre naturali possunt ei succedere ab intestato. Secundò, quia prætor sua æquitate motus dat bonorum possessionem *vel undè liberi*, vel ab intestato illis filiis, quos videt omni remedio destitutos, & privatos omni successione *l.* 14. §. *fin. in fine ff. de contra tab.*, quod etiam faciunt novæ constitutiones §. *sed ea omnia Inst. de hæreditat. quæ ab intestato l.* 10. *Cod. de adoptionibus*; Sed iste filius datus in adoptionem emancipatus à patre adoptivo mortuo patre naturali est omni remedio destitutus, & privatus successione utriusque patris naturalis & adoptivi: Ergò Prætor debet illi succurrere dando ei successionem patris naturalis. Tertiò, quia isti filii emancipati à patre adoptivo mortuo patre naturali jam succedunt patri naturali per bonorum possessionem undè cognati §. *admonendi Inst. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, cur non etiam per bonorum possessionem *undè liberi*, & *contra tabulas.*

Sed tamen certa regula est in nostro jure, 51
quòd filii emancipati dati in adoptionem emancipati à patre adoptivo mortuo patre naturali non

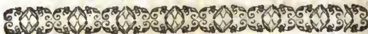
ſuccedunt patri naturali ab inteſtato, nec ab eo neceſſariò in teſtamento debent inſtitui vel exhæredari *§. at hi §. eadem Inſtit. de hæreditatibus, quæ ab inteſtato. §. adoptivi liberi Inſt. de exhæredat. liberor. l.* 10. *&* *in prin. &* §. 1. *Cod. de adoption.* explicant DD. quos citavi ſuprà num. 17. Prima ratio decidendi eſt, quam adducit Juſtinianus, quod ſi filii iſti emancipati à patre adoptivo mortuo patre naturali ſuccederent patri naturali, eſſet in poteſtate patris adoptivi, facere quod ad unum vel alium pertineret ſucceſſio ab inteſtato, ùt conſideravit Retes *in Adverſariis cap.* 5. *num.* 8. quia emancipando filium adoptivum, ſucceſſio pertineret ad filium adoptivum, & eum non emancipando, ſucceſſio pertineret ad agnatos; ſed hoc implicat in ſucceſſione ab inteſtato, quæ cùm ſit legitima, ſolâ legis voluntate & poteſtate, non voluntate hominis defertur: Ergò filii dati in adoptionem mortuo patre naturali ab adoptivo patre emancipati non poſſunt ſuccedere patri naturali ab inteſtato. Secunda ratio decidendi eſt, quia Prætor dat bonorum poſſeſſionem *undè liberi*, & *contra tabulas* filiis emancipatis illo colore, & prætextu, quod reſcindit eorum emancipationem, & reponit illos in patriam poteſtatem patris tempore mortis, ùt ſæpiùs in hac differt. dixi; ſed Prætor non poteſt hoc facere in filiis adoptivis emancipatis mortuo patre naturali; quia iſti tempore, quo pater naturalis moritur, non poſſunt eſſe in ejus familia, & patria poteſtate, cùm ſint in aliena familia adoptiva, & alium patrem, adoptivum ſcilicet, habeant: Ergò tales filii non habent bonorum poſſeſſiones *undè liberi* & *contra tabulas.* Tertia ratio ob pœnam ingratitudinis, quam commiſerunt relinquendo patris naturalis familiam diffidentes de ſucceſſione, & auxilio, quod eis dabat Prætor, quærendo aliam fami-

familiam, & successionem patris adoptivi, non debent succurri à Prætore.

Ex quibus remanent solutæ illæ tres rationes dubitandi supra ponderatæ. Prima remanet soluta, quia tales filii emancipati mortuo patre naturali non habent qualitatem requisitam, ut detur eis bonorum possessio *undè liberi*, & *contra tabulas*, utpote illa rescissio emancipationis, & restitutio in patriam potestatem tempore mortis. Secunda remanet soluta, quia bonorum possessio *contra* tabulas & *undè liberi* defertur filiis, qua liberis, quales non considerantur à Prætore nostri adoptivi emancipati mortuo patre naturali tempore mortis patris naturalis; cùm eo tempore alium patrem habeant, scilicet adoptivum: Bonorum autem possessio *undè cognati* defertur solo intuitu cognationis & consanguinitatis, quam habent filii adoptati cum patre naturali, licèt non sit rescissa eorum emancipatio. Et tertia tandem solvitur, quia tales filii sua culpa damnum senserunt, quia reliquerunt successionem certam patris naturalis, & maluerunt successionem dubiam patris adoptivi, & sic ex regula *leg. qui sua culpa ff. de reg. jur.* non sunt visi digni miseratione Prætoris. 52

Tandem pro coronide hujus capitis nota, quòd omnia, quæ diximus de filiis emancipatis in arrogationem datis in tribus dictis contingentiis adhuc remanet in suo vigore, sicut de jure antiquo, nec per jus novum Codicis sublata fuerunt: nam Justinianus Imperator in *leg. pen. §. ultim. Cod. de adoptionibus* expresè dicit, quòd sua constitutio, quam edidit circà filiosfam. datos à patribus naturalibus in adoptionem non trahatur, nec locum habeat in filiis arrogatis, seu qui post emancipationem patris naturalis dederunt se in arrogationem, & quia isti ipsi soli absque consensu patris emancipatoris se 53

dederunt in adoptionem & ultrò, & spontè patrem alium scilicet adoptivum elegerunt, & sic indigni visi sunt miseratione Prætoris: Filii autem dati à patribus suis in adoptionem non ultrò & spontè patrem adoptivum elegerunt, sed cum consensu & voluntate patris naturalis: sicque digni sunr visi à Justiniano, ut eis indulgeat sua nova Constitutione, ut sic discurrebat Antonius Faber *in pap. tit.* 11. *prin.* 1. *illat.*12. & ego antequam eum viderem dixi hac diss. n. 21.



DISSERTATIO VII.

De Successione Prætoria Cognatorum ad Expositionem Justiniani in tit. 5. lib. 3. Institut. de Successione Cognatorum.

1. *Continuatio Capitis cum antecedentibus.*

2. *Explicatur lex* 12. *Tab. & ejus verba loquentia* de successione ab intestato.

3. *Cognati lege* 12. *tab. ab intestato non succedebant.*

4. *Romana politica semper præ oculis habuit familiarum conservationem & augmentum.*

5. *Ratio cur Cognati lege* 12. *tab. non succedebant ab intestato.*

6. *Explicatur textus in* §. repetitis, & tot. tit. Inst. de servili cognatione.

7. *Adducitur nova Constitutio Justiniani in* prin. tit. Inst. de servili cognatione.

8. *Explicatur quid significet hoc nomen vetustas & media Jurisprudentia.*

9. *Ponderatur difficilis ratio dubitandi.*

10. *Enodatur lex* sæpè 53. ff. de V. S. *& quid significet nomen Gentiles in leg.*12. *tab.*

11. *Proponitur nova difficultas ex leg.* agnato 10. ff. de legitimis tutoribus.

12. *inci-*

40.

1.

POstquàm in duabus Dissertationibus antecedentibus latè explicavi successionem, quam introduxit Prætor in filiis emancipatis, tum ex testamento, tum ab intestato; superest nunc, ut in hoc completum Jus Prætorium relinquam, explicare aliud edictum Prætoris, scilicet de successione cognatorum, quô magna lux orietur Justiniano *in tit. Inst. de Successione Cognatorum.*

2 Lex illa celebris Romanorum scilicet 12. tabularum tantummodò fecit duos ordines successionis ab intestato, seu legitimæ; suorum scilicet hæredem, & agnatorum: cujus verba sic concepta erant: *Si suus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* ùt communior lectura recepit, quamvìs diversimodè legantur apud Ciceronem *lib.* 1. *de invent. ad Heren.* 1. Ulpianus. *in fragment. tittul.* 26. §. 1. de quo videndus Froster. *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 1. allegatus ab Osualdo *ad Donellum* 9. *Com. cap.*4. *lit. a.* ùt communem lecturam approbat Antonius Faber *in pap. tit.* 2. *prin.* 5. *illat.* 2. In qua lege illis verbis: *Si suus hæres non erit*, continetur ordo suorum hæredum primo loco ab intestato succedentium, & in illis

illis aliis: *Proximus agnatus familiam habeto*: Continetur ordo agnatorum, qui secundo loco in defectū suorum ad successionem legitimam admittebantur: In illis verbis: *Si suus hæres non erit*, duo maxima mysteria involuta invenies: Primum quod lex dixit: *Si suus hæres non erit*, & non dixit: *Si suus non erit hæres*, ad denotandum, quod agnati solùm admittuntur post suos in casum impotentiæ, quandò scilicèt non dantur sui hæredes, & non in casum noluntatis, id est, quandò sui nolunt esse hæredes; quia Jure Civili legis 12. tabularum antè beneficium prætorium abstentionis sui, qui jure erant hæredes, non poterant desinere esse hæredes, seu nolle hæreditatem, nec facere locum successioni alterius ordinis, ut bene consideravit Chesiùs *lib. 1. int. cap. 2. à n.* 2. Secundum mysterium in dictis verbis est, quod quandò lex 12. tab. loquitur de suis hæredibus, loquitur conditionaliter per verba conditionem importantia: *Si suus hæres non erit*, & quando loquitur de agnatis, loquitur dispositivè, & per verba dispositiva: *Proximus agnatus familiam habeto*, ad denotandum, quòd delatio ex lege 12. tab. non incipit in suis hæredibus, quia in suis non datur delatio, ùt in alio proposito scripsi dissert. 4. Sed solùm delatio incipit in agnatis, ad quos lex 12. tab. quando deficiebant sui, deferebat hæreditatem.

Cognati igitur (quidquid sint & quomodo differant ab agnatis satìs notum est ex Justiniano *in* §. 1. *Instit. de legitim. agnatorum tutela* & repetitum in §. 1. *Instit. de legitim. agnator. successio.* regulámque tradit Cancer *p. 1. cap. 1. n.* 48.) à lege 12. tab. non recognoscebantur, neque admittebantur ad successionem legitimam seu ab intestato, ùt sic habetur *in prin. tit. Inst. de successio. cognatorum* prin. tit. Inst. *de Senatus Consulto Tertulliano* l. 1. ff. *undè cognati.*

nati. Donellus & ejus assecla Osualdus *lib.* 9. *Com. cap.* 4. *lit. A.*

4 Cujus legis 12. tab. ut rationem decisivam perscrutemur, altius res est indaganda: Florens illa Romanorum Politica, ut Civitatem Romanam in florenti statu conservaret, semper præ oculis habuit familiarum Conservationem, augmentum & Splendorem: Tota enim Conservatio, & Splendor Civitatum in Conservatatione augmento & Splendore Civium & familiarum consistit: Quanta enim leges Romanorum introduxerunt & prœmia & pœnas ad incitandos Cives ad matrimonia contrahenda, & familias per sobolem conservandas, qualis fuit inæstimabilis dignitas Patriæ potestatis, ut sic pluribus ponderat Antonius Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 1. Prœmia & pœnas legis Juliæ, & Papiæ, ùt benè animadvertit D. Franciscus de Amaya *lib.* 2. *obs. cap.* 4. *à n.* 2.; Et hac de causa quamvìs in multis nationibus dotes in matrimoniis non frequentarentur; Tamen apud Romanos, & alias quàm plurimas gentes dos introducta fuit, ùt laté Amaya *d. cap.* 4. *à n.* 6. ut homines dotium aviditate incitati matrimonii onera insupportabilia non considerantes, nuptias contraherent, de quo plura noster Petrus Joannes Fontanella de pactis nuptialibus, *tom.* 2. *Claus.* 5. *glos.* 1. *p.* 1. Simili de causa jus romanorm fœminarum sexum, & conditionem in multis deteriorem faciebat, cùm per fœminas non augeretur, nec conservaretur, sed finiretur familia l. *pronuntiatio* 195. §. 2. *ff. de V. S.* pluribus dixi Differt. 4. Hac etiam de causa potest testator in fideicommissis adjicere gravamen delationis nominis & armorum, per quod intendit, & vult familiam suam conservari. Ripa in l. *centurio. n.* 164. *ff. de vulgari.* Cephalus *cons.* 251. *n.* 50. Parisius *cons.* 19. *n.* 28. *volum.* 2. Decius *cons.*

cons. 275. *n.* 3. *tom* 1. Et non solùm publica utilitas est, quòd familiæ conserventur, sed etiam privata cujuscunque est utilitas, ùt suæ familiæ memoria conservetur *l.* 1. §. *publicè ff. de ventre inspiciendo.* Paguera *de decis.* 103. *n.* 4. Et in tantum est favor familiæ, & ejus conservationis, quòd quotiescunque testator aliquis aliquod fideicommissum relinquit favore familiæ & agnationis, tale fideicommissum reale, & perpetuum censetur. Peralta ad leg. *cùm ità legatur* §. *in fideicommisso ff. de legat.* 2. *n.* 15. Gozadinus *Cons.* 89. *n.* 11. Molina *de hispanor. primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 16. pluribus D. Ludovicus de Paguera *d. decis.* 103. *à n.* 5.

Videntes igitur Romani, & lex 12. tabul. 5
quod maximè Politicæ, & gubernationi reipublicæ consonum erat, quòd illi succederent ab intestato, & commodum successionis ab intestato haberent, qui augebant, & conservabant familiam defuncti, nè bona extra familiam defuncti alienarentur, quod nullatenus voluisset testator, si vixisset; Et videntes, quòd cognati non conservant familiam, sed solùm agnati eam conservant, quia cognati sunt conjuncti per fœmineam Personam, & familia solùm per masculos, per fœminas autem neque familia neque agnatio conservatur §. *cæterum Inst. de legitim. agnator. successio.* Oldardus *cons.* 231. *n.* 3. Gratianus *lib.* 4. *cap.* 661. *n.* 7. *& lib.* 5. *cap.* 866. *n.* 6 nobilis Senator D. Bonaventura de Tristany *decis.* 51. *vers. Minus. tom.* 2. Cognati enim inter se neque habent idem nomen commune, neque eadem arma, neque eosdem lares, & Deos Penates, in quo familia consistit D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 22 *n.* 10. Hac de causa lex 12. tabular. incognitos habebat cognatos, eósque non vocabat ad successionem cognati defuncti ab intestato, neque ad tutelam,

cùm quò successio vadit, eò tutela deferatur, *prin. tit. Inst. de legitima Patronor. tutela l. quo tutela* 73. *ff. de reg. jur.* Faber *in pap. tit.* 15. *prin.* 1. *illat.* 2. & *tit.* 12. *prin.* 2. Hotmannus *lib.* 6. *obs. cap.* 5. Donellus *lib.* 3. *Com. cap.* 6. & ibi Olualdus *lit. C.*

6 Sed quamvìs hæc tam vera sint, non deficiunt aliquæ difficultates contra suprà dicta: Et prima sit ex §. *repetitis fin. Instit. de servili cognatione*, in quo textu dicit Imperator Justinianus quòd proximior cognatus non semper in successione ab intestato præfertur; Sed potest esse aliquoties casus, quô remotior cognatus proximiori anteponatur, & ponit casum Justinianus de illo, qui in sua servili cognatione relinquit Patrem, Fratrem & Pronepotem, in hoc casu dicit Justinianus, quòd quamvìs Pater sit in primo gradu cognationis: Frater in secundo, & Pronepos in tertio, Pronepos quamvìs in gradu cognationis remotior succedit ab intestato, quia est ex linea descendentium, quæ præfertur lineæ ascendentium, & transversalium §. 1. *in autha. de hæredib. ab intestato venientib.* Jacobus Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 5. *n.* 2. in quo tex. cùm Imperator non loquatur de Jure Prætorio, intelligendus est de Jure Civili. Ergò Jure Civili cognati jam succedunt ab intestato. Pro qua difficultate solvenda cùm ille §. *repetitis* sit in titulo Instit. de servili cognatione, advertere oportet, quòd nulla lege Civili, neque Edicto Prætorio cognati cognatione servili, id est, illi, qui erant concepti in servitute, seu in contubernio ad successionem intestati admittebantur, bonáque jure Patronatûs acquirebantur Patrono: sic habetur *in prin. tit. Instit. de servili cognatione*: l. 1. §. *non parcimus ff. de gradibus & affinibus* l. 3. §. *illud.* 10. *Cod. de bonis libert.* & in dictis textibus Clasici & Instit. Antonius Faber *in Papinian. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 1.

lat. 1. Et ratio, quare nulla lege antiqua Civili, neque ex Edicto Prætoris *undè Cognati* servilis cognatio quoad successionem ab intestato inspiciebatur, erat, quià cùm servi non solùm Jure Civili pro nullis & pro mortuis habeantur, *l. quod attinet* 32. *ff. de reg. jur. l.* 22. *ff. eod. l.* 3. §. *fin. ff. de Capite minutis. l. servi* 14. *ff. de obligationi. & actioni. l.* 209. *ff. de regulis Juris leg.* 69. *ff. de Condition. & Demonstratio. leg.* 32. §. 2. *ff. de legat.* 2. §. *servus Institut. de Capitis diminution.* Antonius Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 1. & *titul.* 3. *princ.* 1. Loriotus *de juris art. tract.* 5. *axiomat.* 5. Donellus & Osualdus *lib.* 2. *Com. cap.* 9. *lit. q.* Valentia *illus.* 1. *tract.* 3. *cap.* 7. *num.* 15. Revardus *in l.* 22. *ff. de reg. jur.* D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 12. *num.* 2. Qua de causa dixit Sidonius *lib.* 1. *epist.* 6. quòd manumissio est quædam velut imago nativitatis, cùm servus de non esse servitutis producatur ad esse libertatis. Idem Amaya *ad leg.* 7. *Cod. de incolis num.* 54. D. Hyerolmus de Oros *de apicibus juris civilis lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 1. Passerinus *in problem. legalib. problemat.* 7. § 3. *num.* 450. sicque miserrimus dicebatur servorum status, nec servi proprium nomen habebant, sed eis ex voluntate dominorum nomen dabatur, ùt pluribus Amaya *lib.* 2. *obs. cap.* 6. *num.* 7. sed etiam jure Prætorio pro mortuis, & pro nullis reputentur leg. *qui testamento* 30. §. *servus ff. qui testamentum facere possunt l.* 2. *ff. ad leg. Corneliam de falsis.* Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 1. ideò servi dum in servitute stabant, non censebantur à jure civili seu à Prætorio habere aliquam cognationem, seu vinculum cognationis juxtà illam regulam, quòd non entis nullæ sunt qualitates *l.* 1. *ff. de usufruct. legato* §. *servus Instit. de capitis diminutione.* D. Antonius Granianieto *in Catena jurium lib.* 3. *decretalium tit.* 4. *de Clerico non residente cap.* 1. *n.* 4. D. Bonaventura de Tristany Regius Catt. Sena-

N 3 tor.

tor. *decis.* 31. *num.* 38. *tom.* 2. & sic cognatio illa contracta in servitute non proficiebat post manumissionem ad successionem ab intestato. Secundò quia illa cognatio contracta in servitute, tanquam vili statu & miserrimo contracta non fuit judicata digna à lege civili, & edicto Prætoris beneficio successionis ab intestato. Tertiò. quia cùm servus per manumissionem fiat novus homo, manumissio sit regeneratio, & quædam imago nativitatis, ùt ex Sidonio *lib.* 1. *epist.* 6. tradit. D. Franciscus de Amaya *in d. l.* 7. *Cod. de incolis num.* 54. Cognati qui fuerunt facti servi cognati, dum erat in servitute, post servi manumissionem à jure reputantur, acsi non essent cognati, & sic novo illi homini non cognato non poterant jure civili, neque jure Prætorio succedere. Nec obstat, quòd quoad effectum impediendi nuptias & matrimonium, cognatio servilis, seu in servitute contracta inspiciatur & attendatur *l.* 14. §. *serviles ff. de ritu nuptiar.* §. *illud certum, Inst. de nuptiis.* Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 1. quia in nuptiarum ritu id speciale militat, quòd in nuptiis non solùm id, quod licet, sed etiam id, quod honestum est, attenditur. *l. semper* 179. *ff. de regul. jur. l.* 41. *ff de ritu nuptiarum. l.* 14. §. *serviles ff. eod.* Faber *d. illat.* 1. quæ ratio in successionibus ab intestato non militat; & inhonestum esset, & contra pudorem naturalem, quod filia in servili statu concepta cum Patre suo manumisso nuptias contraheret, latè prosequitur Antonius Faber *d. tit.* 10. *prin.* 6. *illat.* 1.

7 Sed imperator Justinianus suâ nova Constitutione de novo introduxit, quòd in successionibus ab intestato admitterentur cognati in servili statu concepti, & sic quòd filius conceptus à Patre servo in servitute succederet manumissus Patri suo manumisso, & aliis etiam ex transverso cognatis,

sicuti

sicuti filii & cognati ex justis nuptiis quæsiti, supposito in hoc jure Patronatûs, quòd ex mera benignitate & æquitate Imperatoris introductum fuit. Quæ Constitutio in Cod. Justinianeo desideratur, & deficit, si credimus Arnoldo Vinnio in *d. prin. tit. Inst. de servili cognatione*, solúmque de ea fit mentio à Triboniano in *d. prin. tit. Inst.* Undé (ut ad solutionem difficultatis deveniamus) *cum §. repetitis Inst. de servili cognatione*, in quo Justinianus videtur cognatis jus succedendi ab intestato tribuere, intelligatur supposita dicta Justiniani Constitutione *in prin. tit. Inst. de servili cognatione*, & de jure novo, quo jure, ùt posteà videbimus, sublata est differentia agnationis & cognationis quoad successionem ab intestato: ideò Justinianus in *d. §. repetitis* admittit cognatos ad successionem ab intestato, quod de jure Civili antiquo nullatenus procedebat.

Secunda difficultas oritur ex §. *item vetustas* 8
Inst. de hæreditatib. quæ ab intestato deferuntur, in quo textu dicit Imperator Justinianus, quòd jure antiquo & antiqua vetustate pronepotes & nepotes ex filiabus descendentes non admittebantur cum suis & agnatis, sed post agnatos cum cognatis admittebantur: Ergò jure antiquo jam cognati succedunt ab intestato. Difficultatem dissolves dicendo, quòd illud verbum, *vetustas* in d. §. *item vetustas*, in quo invenitur absolutè prolatum, & in aliis textibus, in quibus invenitur non significat legem 12. tabularum; sed mediam Jurisprudentiam, quæ componebatur ex responsis Prudentum & juribus, seu edictis Prætoris: quoties enim fit mentio de lege 12. tab. non dicitur *antiquitas* seu *vetustas* absolutè, sed antiqua lex 12. tab. §. *sed hæc quidem* 5. *Instit. de exhæredatione liberorum.* Quoties autem invenitur, ùt in d. §. *item vetustas*, verbum *vetustas, antiquitas, per anti-*

antiquam, anteà, olim, intelligitur de tempore mediæ Jurisprudentiæ: Tria enim fuerunt tempora juris apud Romanos: Primum tempus legis 12. tabul. ante interpretationem Prudentum. Secundum tempus mediæ Jurisprudentiæ, in quo floruerunt Prudentum interpretationes, & edicta Prætorum. Tertium tempus fuit tempus novarum Constitutionum Impp. ùt sic depromitur ex visceribus d. §. *item vetustas, Institut. de hæredit. quæ ab intestato.* & pluribus textibus exornavit D. Hieronymus Oros *de apicib. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 3. vide circà hanc temporum distinctionem scripta in differt. 1. undè cùm dictus §. *item vetustas in prin.* intelligatur de tempore mediæ Jurisprudentiæ, suppositis edictis Prætoris, nihil mirum, quòd jam cognosceretur successio cognatorum ab intestato.

9 Tertia difficultas fit in hac difficili ratione dubitandi: Quia certum est principium in nostro jure, quòd filia fœmina suus hæres succedit lege 12. tabularum ab intestato suo Patri §. *sed hæc quidem vetustas Instit. de exhæredation. liberor.* §. *item vetustas Inst. de hæreditatib. quæ ab intestato.* ùt dixi supra differt. 4. num. sed fœmina non auget neque splendorem infert familiæ *l.* 195. §. 2. *ff. de V. S.* ùt ibidem dixi: Ergò licèt cognati non augeant, neque illustrent, nec conservent familiam, debebant lege 12. tabul. succedere ab intestato: tum quia lege 12. tabul. agnatæ fœminæ succedebant post suos ab intestato simul cum agnatis masculis §. *cæterum* 3. *Inst. de legitima agnator. successìon.* sed fœminæ agnatæ non augent, neque conservant familiam. *l.* 193. §. 2. *ff. de V. S.* Ergò licèt cognati non conservarent, neque augerent familiam, debent lege 12. tab. succedere ab intestato. O quàm multum aliquo tempore me torsit vis hujus rationis, quia eam hucusque neque in scriptis libris, neque in manuscriptis

ptis videram; sed tamen meo judicio sic puto posse responderi difficultati: quòd licet verum sit, quòd filiæ fœminæ sui hæredes, quando sunt nuptæ jam non augeant, neque conservent familiam, quia nubendo transeunt in alienam familiam, utpotè in familiam mariti, & sic sunt caput, & finis familiæ *leg. pronuntiatio* 195. §. 2. *ff. de V. S.* ùt pluribus dixi dissert. 4. Attamen filiæ fœminæ anteaquam nuberent, jam fuerunt in familia Patris, & illi profuerunt, quantum ad acquisitionem, acquirendo quidquid acquirebant Patri suo, quod non potest considerari in cognatis, qui neque sunt, neque unquam fuerunt in familia sui cognati, quod etiam considerari potest in agnatis fœminis, quæ licet non augeant, neque conservent familiam, cùm nubendo transeant in alienam familiam, utpotè mariti, tamen aliquo tempore fuerunt in familia agnati, cui succedunt, quod secùs est in cognatis, qui nullo temporis instanti in familia cognati sui exstiterunt. Et licèt urgere posses, quòd agnati capite minuti per minimam capitis diminutionem, utpote emancipationem, jure antiquo ante edictum Prætoris non succedebant suis agnatis ab intestato decedentibus *prin. tit. Instit. de successione cognator.* ùt suprà videbimus, tamen isti aliquo tempore jam fuerunt in familia antè capitis diminutionem: quia respondeo, quòd in agnatis capite minutis omninò est exstincta agnatio per capitis diminutionem §. *fin. Instit. de legitim. agnator. tutela.* Donellus *lib.* 2. *Com. cap.* 12. & ibi Osualdus *lit. D.* Faber in *pap. tit.* 13. *prin.* 2. *illat.* 3. & sic agnati capite minuti lege 12. tab. non succedebant ab intestato: in fœminis autem suis hæredibus & agnatis omninò non est extincta agnatio & suitas, sed sopita per novam familiam mariti quam ingrediuntur, & sic lege 12.

tab. adhuc poterant ſuccedere ab inteſtato Patri, & agnatis.

10 Quarta difficultas ſit ex *leg. ſæpè* 53. *ff. de V. S.* ubi in principio textus ponitur illa celebrata in noſtro jure regula, quòd multoties conjuncta ſumuntur pro disjunctis, & disjuncta pro conjunctis, quòd anteà jam dictum fuit in *l. conjunctionem* 29. *ff. de V. S.* de qua Alciatus ad *d. leg.* 53. Antonius Faber *lib.* 17. *conj. cap.* 18. *num.* 4. Cujacius ad *d. leg.* 29. *&* 53. D. Joannes Caſtillo *de Uſufructu lib.* 1. *cap.* 47. *num.* 36. & cum deciſione noſtri Senatus D. Bonaventura de Triſtany *deciſ.* 48. *tom.* 2. Poſteà Conſultus explicat exemplis regulam & ponit exemplum in illis verbis legis 12. tab. *Si Paterfam. inteſtatus moritur, familia pecuniáque ejus agnatorum gentiliúmque eſto.* Ubi illa dictio *que, agnatorum, gentiliúmque* licèt in proprietate ſit conjunctiva, ſumitur pro disjunctiva: Quô ſimlii modô etiam ſumuntur illa verba legis 12. tab. ibi: *Si furioſus exiſtat, agnatorum gentiliúmque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto*: Ex quo inferunt aliqui, quod ſucceſſio, & tutela lege 12. tab. primò defertur agnatis, & poſteà gentilibus ſeu cognatis: ſed malè, quia hoc nomen *Gentiles* non ſignificat cognatos, ſed agnatos. Gentiles enim erant illi, qui eandem familiam & gentilitatis arma & nomina ferebant & habebant. Cicero *lib.* 1. *Tuſcul. Gentiles mihi ſunt, qui meo nomine appellantur.* Idem *in Topicis ad Trebatium.* Ovidius 2. *faſtor.*

Una domus viros, & onus ſuſceperat urbes,
Sumunt gentiles arma profeſſa manu.

Nam nomen Gentiles derivatur à nomine Gens, quæ aliquoties familiam ſignificat. Virgilius *Æneidos* 1.

Gens inimica mihi Tyrrhenum navigat æquor.

Ovidius 13. *Metham.*

In Terris placidis alienæ nomina gentis,

ùt

ùt pluribus Calepinus *in Alphabet.* verbo: *Gentiles* & *Gens*, qui Gentiles à fortiori nulli alii esse poterant nisi agnati: sìcque illa verba legis 12. tab. non loquuntur de cognatis, cùm isti à lege 12. tab. non essent cogniti.

Difficilior tamen mihi omnibus visa fuit quinta difficultas ex *leg. agnato* 10. *ff. de legitimis tutoribus*, ubi dicit Consultus, quòd agnato masculo fœmina agnata proximior non obstat, quo minùs sit tutor; cùm fœmina officium virile tutelæ exercere non possit *l.* 16. *ff. de tutelis. l.* 2. *ff. de regul. juris.* Faber in *pap. tit.* 13. *prin.* 1. *illat.* 23. Fontanella *decis.* 191. *tom.* 1. & ponendo de supradicta regula exempla, Consultus dicit: quòd *nec amitta Patruo magno, vel matertera fratris filiis, nè sint tutores obstat:* Quæ difficilia verba Consulti sic pondero: Certum est, quòd quamvìs fœmina proximior non obstet proximiori agnato, quoad tutelam; tamen obstat, quoad successionem, ità ut fœminæ proximiori defertur successio ab intestato *prin. tit.* vers. *Ideò autem Instit. de legitima Patronor. tutela*; sed matertera non obstat fratris filiis quoad tutelam: ergò eis obstat quoad successionem, ità ut materteræ deferatur successio ab intestato; sed matertera est cognata conjuncta per fœmineam personam §. 3. & 4. *Inst. de gradib. cognation. l.* 1. §. 4. *ff. de gradib. affinitat.* Ergò cognati jam jure antiquo sinè edicto Prætoris succedebant ab intestato. Hanc difficultatem ùt solverem, dicerem, si auderem, quòd illa verba *vel matertera* sunt falsò ab aliquo impressore in textu supposita, & ideò à textu expungenda; sed cùm in hoc nullius habeam authoritatem aliter discurro dicendo: quòd ille textus *leg.* 10. *ff. de legitim. tutoribus* intelligitur supposito edicto Prætoris de admittendis cognatis ad bonorum possessionem *undè cognati*, & successionem ab intestato, quô casu matertera co-

O 2 gna-

gnata non obstat Patruo, & filiis fratris, quoad tutelam, quia fœmina est, bene verò obstat quoad successionem ab intestato.

12 Sexta difficultas sit ex *leg. Posthumus 6. in prin. ff. de inofficioso testam.* in quo textu ponit Consultus casum de Posthumo, an Posthumus exhæredatus possit agere de inofficioso? & respondet Consultus, quòd Posthumus potest arguere de vitio inofficiositatis testamentum eorum, quibus suus hæres vel legitimus hæres est: Prosequitur posteà Consultus, & quærit, an Posthumus habeat quærelam inofficiosi contra testamentum cognatorum, & respondet Consultus affirmativè. Sic pondero dictam decisionem: certum est principium in nostro jure ùt differt. 4. dixi, quòd quærela inofficiosi testamenti est de jure civili, & nullatenùs de jure Prætorio; sed Posthumus cognatus habet quærelam inofficiosi testamenti contra testamentum cognati: Ergò cognati erant jure antiquo cogniti, & sic poterant jure civili ab intestato succedere. Tum quia inutilis est quærela ei, qui non potest succedere ab intestato. *l. 6. §. 1. ff. de inofficioso*; cùm quærela reducat testamentum ad causam intestati *d. l. 6. §. si ejus 1. leg. 31. ff. de Vulgari.* D. Josephus Retes *lib. 4. ad notas Claudii ad leg. 36. de legat 3. num. 1.* sed Posthumus cognatus habet quærelam inofficiosi testamenti à jure civili contra testamentum cognati: ergo jure civili cognatus cognato succedit ab intestato. Faciliter dissolvitur difficultas, si repetimus ea, quæ de filiis emancipatis diximus dissert. 4. & dicit Santolaria *interp. 4. §. 2. num. 14.* quæ in nostro casu cognatis sunt applicabilia, quòd quærela inofficiosi testam. competit cognatis non originativè à jure civili, sed extensivè à Prætore; postquam enim Prætor extendit successionem ab intestato per bonorum possessionem *undè cognati* cognatis,

gnatis, etiam eis extendit quærelam, quæ per successionem ab intestato regulatur: quæ solutio suadetur ex verbis dictæ leg. 6. ubi ponit rationem, quòd ideò Posthumus cognatorum testamentum per quærelam rescindit, quia & horum potest petere bonorum possessionem. Tum respondetur; quia quærela regulatur ex jure naturali, & officio pietatis; successio autem ab intestato ex splendore familiæ, sicque ille Posthumus cognatus potuit habere quærelam.

Non inquam difficilis est circa hoc objectio, 13
neque difficultas *d. l. 6.* consistit in hoc, quomodo scilicet Posthumus legitimus hæres vel agnatus potest à Jure Civili habere quærelam, cùm sit Posthumus alienus & iste à Jure Civili incognitus *prin. tit. Inst. de bonor. possessio.* §. *Posthumo* §. *Posthumus* 30. *Instit. de legat.* Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 13. Valentia *illus.* 3. *trac.* 4. *cap. penultimo*: Quia etiam d. lex 6. loquitur de Posthumo alieno supposito Jure Prætorio, qui ad bonorum possessionem secundùm tabulas admittebatur, & poterat hæres institui *prin. tit. Inst. de bonor. possessio.* tum quia licèt Posthumus alienus esset incognitus à Jure Civili quoad successionem ex testamento, non tamen quoad successionem ab intestato, per quam regulatur quærela inofficiosi testamenti. De hac materia Posthumi alieni, & ejus prohibita institutione, vide textus *in prin. tit. Instit. de bonor. possessio.* §. 28. *&* 36. *Instit. de legatis leg. divus* 6. §. *fin. ff. de Jure Codicillor. leg.* 14. *ff. eod. l. si quid nepotes ff. de testamentaria tutela l.* 4. *l.* 5. *leg.* 6. *leg.* 9. *in prin. &* §§. *seq. l.* 10. *leg.* 13. *l.* 22. *l.* 24. *leg.* 27. *l.* 28. *ff. de liber. & Posthum. l.* 30. §. 1. *ff. de acq. hæredit. l.* 1. *ff. de injusto rupto l.* 1. §. *quare ff. de ventre in possessionem mittendo l.* 3. *ff. si pars hæreditatis petatur l. alienum* §. 1. *ff. de hæred. Instit. l.* 20. *ff. de testament. tutela l. nomina-*

tim. ff. de manumiss. testam. l. 18. *ff. de contra tabulas l.* 6. *ff. de ventre in possessio. mittendo leg.* 1. §. *si filius ff. eod. l.* 1. §. *sed si matri ff. ad Tertullian. l.* 10. §. 1. *de vulgari l. quod in rerum* 24. *ff. de legat.* 1. *l. Gallus* 29. *cum suis* §§. *ff. de liberis & Posthumis l.* 10. *de rebus dubiis l.* 101. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *l.* 14. *l. pen. ff. de Jure Codicillor. l. unica* §. *& cum Cod. de Caducis tollendis*: de qua materia tractant omnes Clasici ad leg. *Gallus* 29. *ff. de liberis & Posthumis.* Cujacius, Goveanus, Torniel, Maffinius ibi (quidquid contra Justinianum insurgant Spanochius, Gabriel Enriquez & Pichardus *in prin. tit. Inst. tit. de bonor. possessio*) D. Alphonsus Caranza. *de partu cap.* 2. §. 1. *illat.* 12. *& seq.* Faber *lib.* 9. *Conj. cap.* 1. *n.* 2. Gaspar. Schifordegerius *lib.* 3. *tract* 26. *toto.* D. Hyeronimus de Borgia *in investigationib. contra Fabrum lib.* 9. *cap.* 2. Donellus *lib.* 6 *Com. cap.* 21. & ibi Osualdus, idem Donellus *in opusculo Posthumo ad l.* 29. *de liberis & Posthum.* Santolaria *in tract. manuscripto ad d. l.* 29. Pinellus *lib.* 1. *selec. cap.* 11. Fachineus *lib.* 10. *Contro. cap.* 41. D. Franciscus de Sarmiento ad leg. *Gallus* 29. *& lib.* 2. *select. cap.* 3. Duarenus *lib.* 2. *disp. cap.* 38. Emanuel Acosta *in tract. de legatis in* §. 26. Petrus Gregorius *lib.* 7. *sintag. cap.* 1. Ronquegallus *in prin. tit. Inst. de bonor. possessio.* D. Franciscus de Amaya *lib.* 1. *obs. cap.* 13. Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 10. *toto.* D. Hyeronimus de Oros. *de apicibus lib* 1. *cap.* 12. *n.* 26. Valentia *illus.* 3. *tract.* 4. *cap.* 2. *seu penult.* Chesius *lib.* 1. *interp. cap.* 49 *n.* 3. noster Ripol. *in tract. de Conditionibus ad l.* 3. *ff. de conditio. & demonstrat. à. n.* 60.

14 Sola major difficultas illius legis *Posthumus* 6. *ff. de inofficioso testam.* pro materia quærelæ inofficiosi consistit in hoc: Quod si cognatus, & agnatus ultra fratrem, si exhæredati sunt, non possunt habere quærelam inofficiosi testamenti §. 1. *Inst.*

Inst. de inofficioso testam. taliter, quòd fratres & sorores exhæredati solùm possunt intentare quærelam, si turpes Personæ institutæ sunt *d.* §. 1. vers. *Soror autem.* Donellus *lib. 6. Com. cap.* 15. & ibi Osualdus quomodo in d. *leg. 6. ff. de inofficioso testamento* Posthumus cognatus habet quærelam inofficiosi testamenti contra testamentum cognati? Gravis est difficultas, & mihi in publicis actibus arguendo quadam vice, responsum fuit, quòd in *dict. lege 6. ff. de inofficioso* in vers. *Sed & cognatorum* loquitur Consultus de Posthumo concepto à filio post emancipationem, qui cum avo non sit agnatus, eò quia extra illius familiam, sed cognatus & vinculô sanguinis conjunctus, si exhæredatur ab avo, habet quærelam inofficiosi testamenti; cùm & bonorum possessionem contra tabulas avi habere possit, cùm avus eum exhæredando contra officium pietatis procedat; Non autem loquitur Consultus *in d. l. 6. ff. de inofficioso testam.* de cognatis transversalibus, quibus nullo modo competit quærela, & de quibus loquitur Imp. Justinianus *in* §. *Instit. de inofficioso testamento.* Sed hæc solutio licèt in se vera sit, & faciliter sustineri possit; Tamen quia nec ex verbis textus infertur, nec alicujus authoris authoritate munita est, non faciliter à me admitti potest, undè aliter discurrendum est.

Don Josephus Ferdinandus de Retes *in adversariis de inofficioso testam. cap.* 18. *n.* 4. explicat §. 1. 15
vers. *Soror autem Instit. de inofficioso testam.* quærens an cognati ultrà fratres & sorores possint intentare quærelam inofficiosi testamenti contra testamentum cognati? Et refert, quòd aliqui DD. ùt Antonius Goveanus *lib. 1. Var. lectio. cap.* 5. *n.* 11. & 31. Hotmannus *in prin. tit. Instit. de inofficioso.* Duarenus *ad d. tit. cap.* 8. quos citat Osualdus *ad Donellum*

lum

lum lib. 19. *cap.* 4. *lit. H.* dixerunt, quòd olim jure antiquo non solùm fratres & sorores, sed etiam ulteriores cognati habebant quærelam inofficiosi testamenti, quamvìs frequenter, & sæpè sæpiùs non haberent spem obtinendi in quærela, eò quia judices centum virales non facilè eos admittebant. Osualdus *d. cap.* 4. *lit. H.* quod probant, & sic intelligi dicunt Consultum *in l.* 1. *ff. de inofficioso* dum dixit: *Cognati enim proprii, qui sunt ultrà fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cùm obtinendi spem non habeant.* Et Justinian. *in* §. 1. *Inst. de inofficioso* ibi: *ultrà fratres igitur & sorores cognati nullo modo, aut agere possunt, aut agentes vincere:* Sed tamen aliquando cognati jam poterant vincere & obtinere in quærela, utpote in casu, quo optimis beneficiis testatorem fuerunt prosecuti, & testator eis exhæredatis vilissimos hæredes instituit, ut sic Retes *d. cap.* 18. *n.* 4. vel in casu, quo nulla exceptione fuerunt remoti, Osualdus *d. cap.* 4. *lit. h.* Aldobrandinus *in* §. 1. *Instit. de inofficioso lit. G.* Et cùm sententia horum DD. pertransit D. Josephus Retes *d. cap.* 18. *n.* 4. notans Antonium Fabrum, qui non potuit se expedire in rationalibus à verbis Consulti *in d. leg.* 1. *ff. de inofficioso testamento.* Hocque jus antiquum viguit usque ad tempora Imp. Diocletiani, qui in leg. *fratris* 12. *de inofficioso testam.* constituit, quòd omnes cognati frustrà dicerent inofficiosum testamentum cognati, nullóque casu haberent spem vincendi, exceptis fratribus & sororibus. Sed adhuc in hoc statu jus non stetit; Sed Imperator Constantinus *in leg.* 1. *Cod. Theod. de inofficioso testam.*, quæ Constitutio exstat in Cod. Justinian. *l.* 27. *de Cod. de inofficioso*, restrinxit tale jus, & constituit, quòd solùm fratres consanguinei, non uterini haberent quærelam inofficiosi, sed solùm in casu, quo essent turpes & viles personæ à fratre

fratre institutæ, sicque in hoc datur nova Constitutio, Retes *d. n.* 4. undè *lex* 6. vers. *Sed & cognatorum ff. de inofficioso* intelligitur de jure antiquo ante tempora Diocletiani & Constantini, & Tribonianus *in* §. 1. *Instit. de inofficioso.* vers. *ultrà fratres* intelligitur de nova Constantini constitutione.

16 Optima solutio, sed quia D. Josephus Retes non loquitur in expressis terminis nostræ legis 6. *ff. de inofficioso testam.* adhuc quærendus est Author, qui in terminis expressis de nostra *leg.* 6. loquatur: Osualdus autem *ad Donell. d. cap.* 4. *lib.* 19. *lit. H.* duas solutiones adducit *d. leg.* 6. vers. *Sed cognatorum ff. de inofficioso*: Prima est, quòd *in d. leg.* 6. Posthumus ille cognatus nullum habuit legitimum contradictorem, qui eum Posthumum agentem exceptione repulisset, & sic nihil mirum, quòd sinè contradictore in quærela vicisset; Quam solutionem etiam adducit Sylvester Aldobrandinus *in* §. 1. *Instit. de inofficioso lit. g.* Sed tamen hæc solutio in magnam, & insuperabilem incidit difficultatem: Quoniã cùm quærela inofficiosi testamenti, eò quia actio, non possit intentari, nisi aditâ hæreditate *l. filium* 20. §. *sed cum exhæredatio ff. de bonor. possessio. contra tab. l.* 12. §. *ex testamento ff. de bonis libertor.* Santolaria *interp.* 24. *n.* 1. Osualdus *lib.* 19. *cap.* 4. *lit. O.* à fortiori *in d. leg.* 6. debebat dari hæres, qui adivit hæreditatem, & erat legitimus Contradictor: Actio enim non potest intentari nisi detur reus, & contradictor §. 1. *Inst. de actio.* ibi *quod sibi debetur.* Alia solutio adducta ab Osualdo *d. lib.* 19. *cap.* 4. *lit. H.* quæ fuit Antonii Goveani *in d. lib.* 1. *var. cap.* 6. *n.* 16. est, quòd *d. lex* 6. vers. *Sed & cognatorum ff. de inofficioso*, loquitur de Posthumo nepote ex filia, qui habet quærelam inofficiosi testamenti, si fuerit ab avo exhæredatus, eò quia tali nepoti ex filia utì cognato avi

materni Prætor dat bonorum possessionem *undè cognati*, & cùm sit talis nepos ex linea descendentium, avus eum exhæredando, vel prætereundo, processit contrà officium pietatis, & habet nepos ille Posthumus quærelam *prin. tit. Inst. de inofficioso* ibi: *ac iniquè præteritos.* Undè non loquitur Consultus *in d. l.* 6. de cognatis transversalibus, quibus non competit quærela *d.* §. 1. *Instit. de inofficioso.*

17 Septima & alia non minor insurgit difficultas ex leg. *hæreditas* 3. *Cod. de petitione hæreditatis*, in qua talis fuit casus. Sobrina quædam intentavit quærelam inofficiosi testamenti contrà testamentum materteræ suæ, quæ ei erat cognata, & in quærela succubuit, dubitatum fuit, an possit intentare aliud remedium dicendi falsum testamentum; vel ex alio capite materteram ab intestato decessisse? Et respondet Consultus affirmativè, quam decisionem sic pondero: *In d. leg.* 3. *Cod. de petitione hæreditatis*, cognata illa habuit quærelam, eámque intentavit, licèt in ea succubuerit; Sed nihil profuisset, posse intentare quærelam, nisi posset ab intestato succedere *l.* 6. §. 1. *ff. de inofficioso testam.* Ergò cognati jure antiquo ab intestato succedebant: Tum quia, si non posset illa cognata ab intestato succedere, ad quid proficeret, quòd *Impp.* concederent ei remedium dicendi testamentum falsum, vel ex alio capite materteram ab intestato decessisse? Simile argumentum potest effirmari ex lege *Lucius Titius* 47. *ff. de petitione hæreditatis*, ubi propinquus aliquis (quod nomen est aptum comprehendere agnatos & cognatos) si succubuit in accusatione dicendi falsum testamentum, potest posteà intentare subsidiarium remedium quærelæ. Quibus difficultatibus duobus modis respondet D. Josephus Retes *in adversariis de inofficioso testamento cap.* 19. *n.* 1. Primò quòd in *d. l.* 3. *Cod.*

Cod. de petitione hæreditatis, Sobrina potest intentare quærelá inofficiosi non ex sua persona, sed matris suæ sororis testatricis, quæ mater quærelam præparatam ad filiam transmisit, & Sobrina eam ex persona matris prosecuta fuit, & succubuit, sicque potest reverti ad aliud remedium dicendi falsum testamentum, qua simili contingentia intelligenda est lex *Lucius* 47. *ff. de petitione hæreditatis.* Secnndò quòd *in d. l. 3. Cod. Cod. de petitione hæreditatis*, & 4. *ff. eod.* (quæ sunt Consulti & *Impp.* Severi & Antonini) extant reliquiæ juris antiqui, quo ante Constitutiones Diocletiani & Constantini, Cognati poterant intentare quærelam, sinè spe tamen obtinendi, ùt dixi suprà n. 15. Et ego addo, quòd in lege *Lucius Titius* 47. *de petitione hæreditatis*, non loquitur Consultus Modestinus de quærela inofficiosi testamenti, sed de quærela testamenti non signati, & non jure facti, ùt satis se explicant verba Consulti.

Ultima difficultas sit, quia lex 12. tab. & jus Civile post suos & agnatos vocabat fiscum cognatis relictis; Sed fiscus non auget, neque conservat familiam, ùt constat: Ergò etiam cognati, quamvìs non augerent familiam, debent Jure Civili succedere. Cui difficultati respondetur, quòd Jus Civile præ oculis etiam habebat, quòd fiscus locuples esset, ut Princeps sic pecuniam ad bene gubernandum haberet, de qua ratione dubitandi & solutione latiùs suprà n. seqq. 18

Cùm igitur lege 12. tab. non essent cogniti cognati propter defectum conservationis & splendoris familiæ, neque Juris Consultorum disceptatione, quæ scrupulosior erat in splendore & augniento familiarum, §. *sed hæc quidem Instit. de hæreditatib. quæ ab intestato* §. *cæterum Instit. de legitima agnator. successioone*, necessarium fuit, quòd Prætor 19

suâ naturali æquitate in hoc suam authoritatem, & Edictum interponeret, introducendo Edictum, & bonorum possessionem *undè cognati*, quâ cognati ad successionem ab intestato cognati defuncti admittebantur: Jure enim antiquo deficientibus suis hæredibus & agnatis Fiscus in bona tanquam vacantia succedebat cognatis non admissis, sed tamen Prætor non admisso sed remoto fisco post suos & agnatos, cognatos secundùm ordinem proximitatis vocavit: de qua cognatorum successione ab intestato fit mentio à Justiniano in *prin. tit.* & fere *tot. tit. Instit. de successione cognatorum prin. tit. Instit. de Senatus Consulto Tertulliano* §. *admonendi Institut. de hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur* §. *item vetustas Institut. eodem.* §. *caterùm* 3. §. *placebat Instit. de legitima agnator. successione.* §. *sunt autem Instit. de bonor. possessionibus l.* 1. & fere *tot. tit. ff. Undè cognati*, & aliis textibus, qui passim in liberis Digestorum dispersi inveniuntur. Tractant & explicant hanc successionis cognatorum materiam Donellus *lib.* 9. *Com. cap.* 4. *lit. a.* Antonius Faber *in pap. tit.* 3. *prin.* 4. *illat.* 2. Ratio autem cur motus fuit Prætor ad dandum cognatis hujus modi successionem ab intestato, & bonorum possessionem fuit, quia Prætor non respicit scrupulositates juris civilis, & splendoris familiarum, sed solùm vinculum sanguinis, quod in cognatis jure naturali datur §. *fin. Inst. de legitim. agnator. tutela.* §. *pen. Inst. de capitis diminutione.* Secundò. quia magis conjunctus est defuncto intestato cognatus, quàm fiscus: Fiscus enim nullum cum defuncto habet vinculum sanguinis, quâ de causa æquitati Prætoriæ visum fuit, quòd cognatus in bonis intestati priùs quàm fiscus succederet: Hæc enim datur differentia inter jus antiquum civile legis 12. tab. & Jus Prætorium, quod jus civile, quamvis fiscus non augeret, neque con-

ser-

ſervaret familiam defuncti, eum admittebat antè cognatos alia ratione politica, quia ſcilicet publicæ ſtatûs utilitati concernit, quòd fiſcus ſit dives, & habeat multas divitias: Prætor autem qui has politicas rationes non inſpiciebat, ſed meram naturalem æquitatem fiſcum abhorrendo cognatis dabat ſucceſſionem ab inteſtato.

Qua ſimili de cauſa etiam Prætor introduxit 20
aliam ſucceſſionem, quæ dicitur *undè vir & uxor*: Quamvis enim uxor (loquor de ea uxore, quæ non conveniebat in manum viri matrimonio per coëmptionem: nam ea, quæ in manum viri conveniebat, agnaſcebatur viro ſuus hæres, & ab inteſtato ſuccedebat. Ulpianus *in reg. tit.* 22. 25. *& ſeq.* de quo matrimonio tractant Faber *lib.* 2. *ſemeſt. cap.* 12. Briſſonius *de ritu nupt. pag.* 250. Roſinus *lib.* 5. *antiq. cap.* 37. Lacerda ad *lib.* 1. *Georg. Virgilii verſ.* 31. *annot.* 13. D. Joannes Suarez de Mendoza *ad leg. Aquiliam lib.* 2. *cap.* 3. *ſeſſ.* 3. pluribus Retes *lib.* 1. *Opuſc. cap.* 4. *num.* 10.) non ſit ſuus hæres, nec agnata, neque cognata viro, quia tamen una & eadem caro cum marito *cap.* 2. *Geneſ.* ùt alibi dixi, Prætor poſt ſuos hæredes, agnatos & cognatos excluſo fiſco uxorem admittebat ad ſucceſſionem viri, & econtra virum ad ſucceſſionem uxoris, *§. ſunt autem Inſtit. de bonor. poſſeſſion. l.* 1. *Cod. undè vir. & uxor.* & ibi DD. Cancer *var. p.* 1. *cap.* 5. *num.* 30. adde citatos à D. Franciſco de Amaya ad *l.* 4. *Cod. de bonis vacantibus num.* 3. *in fine*: quo jure Prætorio ſuppoſito lata fuit lex Julia caducaria, quâ cautum fuit, quod deficientibus omnibus, qui jus ſuccedendi habebant, utpote ſui hæredes, agnati, cognati, & vir & uxor, fiſcus in bona vacantia ſuccederet, ex illa celebri doctrina Caſſiodori *lib.* 6. *epiſt.* 8. *Quia Principis perſona poſt omnes debet eſſe, neque optare ſolet acquirere, dummodò ſint, qui relicta debeant poſſidere.* ità habetur in

leg. 4. *Cod. de bonis vacantibus. l.* 96. §. *quoties delegat.* 1. *l.* 10. *Cod. de inofficioso l.* 1. *ff. de successorio edicto. l.* 1. §. 2. *ff. de jure fisci. l.* 1. *Cod. de bonis vacantibus cap. unico, quæ sint regalia.* Ulpianus *in fragment. tit.* 28. verſ. *inteſtati.* Caſſiodorus *lib.* 5. *epiſt.* 24. D. Joannes del Caſtillo de *tertiis cap.* 41. *num.* 150. Maſtrillo *de Magiſtr. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 359. Pichardus *de acq. hæreditat. cap.* 3. *num.* 4. pluribus Amaya *ad leg.* 4. *Cod. de bonis vacantibus*, Jacobus Cancer *var. p.* 1. *cap.* 5. *n.* 30. Ex quibus velim hoc notes, quòd Lex Julia Caducaria (quæ poſt Jus Prætorium tempore Julii Cæſaris lata fuit) non introduxit de novo hanc ſucceſſionem fiſci in bona vacantia: nam tempore legis 12. tab. jam bona vacantia applicabantur fiſco; eò quia ſi tempore legis 12. tab. aliquis decedebat ſinè ſuis hæredibus, & agnatis, ad quem bona debebant pervenire, niſi ad fiſcum, cùm cognati eſſent incogniti? Rejecta enim eſt opinio Joannis Bodini, qui *lib.* 1. *de repub. cap.* 18. dicit, quòd jure Romanorum licuit cuilibet bona vacantia occupare, & tanquam nullius acquirere, ùt eum rejicit Amaya ad *d. l.* 4. *num.* 38. ſolùm igitnr lex Julia Caducaria ex jure antiquo & Prætorio unum conflavit, conſtituendo, quòd poſt ſuos agnatos, cognatos, & conjuges fiſcus veniret, introduxitque nova capita de confiſcatione ob delictum, & de applicatione, quando bona indignis auferuntur. Oſualdus *ad Donell. lib.* 9. *cap.* 1. *lit. S.* Obiter nota, quòd quamvìs Prætor daret cognatis, & viro & uxori bonor. poſſeſſionem, & ſucceſſionem ab inteſtato, non tamen affinibus *l. Vitrico l. affinitatis Cod. communia de ſucceſſionibus.* Jacobus Cancer *var p.* 1. *cap.* 5. *num.* 32. quia inter eos non datur vinculum ſanguinis, ſed ſunt attacti per virum & uxorem *l. non facile.* §. *affinitatis ff. de gradibus & affinit.* Cancer *d. n.* 32.

Deve-

Deveniamus jam ad argumenta contra hanc 21
successionem cognatorum ex jure Prætorio. Et primum sit, quia Prætor non potest tollere jus civile, neque facere contra jus civile, cùm ejus sit tollere, cujus est condere *l. fin. Cod. de legibus*, & Prætor neque jus, neque legem facere potest §. *quos autem* 1. *cum vulgatis, Instit. de bonor. possess.* Faber in *pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 1. *&* 2. sed si cognati à Jure Prætorio admitterentur ad successionem ab intestato, Prætor tolleret jus Civile, & faceret contra jus civile, utpote legem 12. tab. quâ nullatenus cognati ad successionem ab intestato admittebantur, ùt dixi suprà à n. 3. Ergò cognati jure Prætorio non possunt succedere ab intestato. Quæ ratio dubitandi etiam procedit in successione ab intestato filii emancipati, & in omnibus fere edictis introductis à Prætore, cùm omnia Prætoris edicta videantur contra jus civile introducta. Rationem dubitandi in primordiis juris dissolvit Antonius Faber in *pap. tit.* 2. *prin.* 10. *illat.* 2. dicendo, quòd Prætor in omnibus, quæ introduxit, non sustulit jus civile, sed ad summum correxit, adjuvavit, & supplevit *leg.* 7. §. *Jus Prætorium ff. de just. & jure:* Aliud enim est corrigere, & aliud tollere: Ille dicitur tollere, qui facit, nè jus, quod anteà fuit, amplius sit; Corrigere dicitur ille, qui salvo antiquo jure facit, ut jus novum sit, quod anteà non fuit: undè Prætor dando cognatis bonorum possessionem *undè cognati*, non tollit jus civile legis 12. tab. sed corrigit, quia non tollit jus civile legis 12. tab. sed eo manente jus novum introducit: nam quid volebat lex 12. tab.? quòd cognati non essent hæredes: & Prætor facit eos hæredes? non facit eos hæredes, sed bonorum possessores: idem dic de filiis emancipatis: tum quia aliud est facere contrà legem, & aliud facere præter legem.

Aliis

Aliis terminis: aliud est facere, lege non permittente, & aliud facere lege prohibente: Prætor admittit cognatos ad successionem ab intestato non faciendo contra legem, sed faciendo præter legem, quia cognati non erant prohibiti succedere ab intestato lege 12. tab. sed non permissi, seu incogniti: sicque rectè ex sua equitate potuit Prætor vocare cognatos ad successionem ab intestato.

22 Secundò poterit allegari Textus in *l. non est ambigendum* 12. §. *ubicunque* 1. *ff. de bonor. possessionibus*, ubi dicit Consultus, quòd quotiescunque lex vel Senatus Consultum vel constitutio Principis prohibet aliquem capere hæreditatem, Prætor non potest dare bonorum possessionem; sed lex 12. tab. prohibebat, seu nolebat cognatos habere hæreditatem ab intestato, ùt dixi num. 3. Ergò Prætor non potuit vocare cognatos ad successionem ab intestato dando eis bonorum possessionem *undè cognati*. Resp. tamen quòd *d. lex* 12. §. *ubicunque ff. de bonor. possessionib.* loquitur de prohibitis capere hæreditatem positivè, seu incapacibus ùt servi, deportati, cœlibes & orbi; non autem de prohibitis negativè, seu de incognitis, quales erant cognati à lege 12. tab. Vide de hac lege 12. §. *ubicunque*, quæ latè scripsi suprà dissert. 4. agendo de successione filii emancipati.

23 Tertia ratio dubitandi oritur ex *leg. hac parte* 2. *ff. undè cognati*, in quo textu dicit Consultus Cajus, quòd Pro-Consul naturali æquitate motus dat omnibus cognatis bonorum possessionem *undè cognati*, quamvis cognati non sint jure civili admissi. Ergò Prætor non dat cognatis hanc bonorum possessionem *undè cognati*: ergò cognati non succedunt ab intestato jure Prætoris, sed à Pro-Consule seu à jure civili. Et rejecta opinione Accursii in *leg. necessariis* 57. *ff. de acq. hæreditat.* dicentis, quòd Pro-

Con-

Consul sumitur pro Prætore, sic respondeo difficultati supponendo, quòd cum Consules non possent assistere in omnibus Provinciis à populo romano bello devictis, sed in Urbe Romana Imperii Romani Metropoli assistere debebant, locumtenentes in provincias ibant, qui dicebantur Pro-Consules, sicuti locumtenentes missi à domino Rege in Provincias dicuntur Pro-Reges, constat ex *leg.* 1. *ff. de officio Pro-Consulis*, Fenestella *de Magistratibus Roman cap.* 11. Pomponius lætus *de Magistratibus Romanis cap. de Pro-Consulibus.* Bulengerus *de Imp. Roman. lib.* 4. *cap.* 25. Guido Pancirolus *in notia Imper. Orientis cap.* 98. Et isti Pro-Consules in suis Provinciis plenissimam potestatem habebant; ità ut, nè in qualibet Provincia deberent assistere tot & tanti Magistratus, qui Romæ erant, Pro-Consules in provinciis poterant quidquid poterant omnes Magistratus in Civitate Romana, & sic Pro-Consules in provinciis poterant id, quod in Urbe Romana poterant Prætores, & partes Prætorum ad Pro-Consules perveniebant: Undè Edicta, quæ Prætor in Urbe Romana proponebat, Pro-Consul in sua Provincia Consulari, & Edictum de vocandis cognatis, quòd Prætor proposuit in Urbe, etiam Pro-Consules proponebant in suis Provinciis, & de hoc casu intelligitur *d. lex* 2. *ff. undè cognati*; quod evincitur ex eo, quia talis lex 2. est responsum Juris-Consulti Cayi, qui scripsit triginta duos libros ad Edicta: Et in hoc sensu intelligitur Imp. Justinianus *in prin. tit. Instit. de Attiliano Tutore*, ubi dicit, quòd Tutores dativi in Urbe Romæ dabantur à Prætore, & majori parte tribunorum Plebis jure antiquo, & in Provinciis à Præsidibus Provinciarum, seu à Pro-Consulibus; & ex hoc intelliguntur multi alii textus in Jure, ùt sunt textus in leg. 19. *ff. quod metûs causa*,

sa, *l.* 1. *ff. de alienatione judicii mutandi causa facta*, *leg.* 68. *ff. pro Socio*, *l. si quo tempore* 51. *ff. de petitione hæreditatis l.* 27. *ff. de noxalibus actio. l. illud* 32. *ff. ad legem aquiliam.* Antonius Augustinus *lib.* 1. *emendat. cap.* 5. Verum equidem est, quòd istud Edictum Prætoris, quo cognati vocantur ad successionem ab intestato in formalibus terminis non invenitur in toto Corpore Juris, sicut alia Edicta Prætoris, sed solùm de illo fit mentio in textibus citatis suprà n. 19. Sed tamen hoc & alia Prætorum Edicta exstunt in libro de Edictis perpetuis composito à Salvio Juliano, de qua historia latè dixi Differt. 1.

24 Non solùm Prætor suâ æquitate succurrit cognatis vocando eos ad successionem ab intestato per bonorum possessionem *unde cognati*, sed etiam Prætor adjuvavit agnatos capite minutos (non minutos maximâ & media capitis diminutione, quia isti, utpote servi & deportati, sunt incapaces Civilis successionis ab intestato) sed minutos minimâ capitis diminutione, utpotè emancipatione vel arrogatione per bonorum possessionem dando eis bonorum possessionem ab intestato: Cùm enim agnati capite minuti, & ex his progeniti non succederent ab intestato ex leg. 12. tab. *prin. tit. Instit. de successione cognatorum* §. *sciendum Inst. de Senatus Consulto Orphitiano l.* 11. *ff. de suis & legitim. hæredib. l.* 7. *ff. de capitis diminutio.* Faber *in pap. tit.* 16. *prin.* 3. *illat.* 9. Retes *de interdictis lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 3. taliter, quòd legitimæ hæreditates ex lege 12. tabularum minimâ capitis diminutione peribant, licèt non hæreditates ex novis legibus *d.* §. *sciendum Inst. de S.C. Orphitiano l.* 11. *de suis & legitimis hæredibus* cum textib. & DD. suprà citatis; Eò quia cùm lex 12. tab. vocaret agnatos sub qualitate agnationis ibi: *Proximus agnatus familiam habeto*, dixi suprà

ſuprà n. 2. & agnati capite minuti non haberent qualitatem agnationis, & cùm lex 12. tab. deferret ſucceſſionem ab inteſtato propter augmentum & ſplendorem familiarum, & agnati capite minuti nullum familiæ ſplendorem inferrent, ideò agnati capite minuti à leg. 12. tab. non vocabantur; Et ideò fuit neceſſarium, quòd Prætor ſua frequenti & ſolitâ æquitate agnatos capite minutos vocaret ad ſucceſſionem ab inteſtato poſt ſuos, & agnatos dando eis bonorum poſſeſſionem *undè cognati. prin. tit. Inſt. de ſucceſſ. cognator.*; Eò quia iſti etiam ſunt vinculo ſanguinis conjuncti, quod non fuit ſublatum per capitis diminutionem *§. fin. cum vulgatis Inſt. de legitim. agnator. tutela* Nec obſtat, quòd filiæ ſui hæredes & fœminæ agnatæ nuptæ ſuccedebant ab inteſtato, lege 12. tab. *§. ſed hæc, Inſtit. de hæreditat. quæ ab inteſtato, §. cæterum, Inſt. de legitima agnatorum ſucceſſione*; quia licèt nuptæ non augeant neque conſervent familiam, aliquando tamen eam illuſtrarunt, anteaquàm eſſent nuptæ, ſed etiam agnati capite minuti jam aliquando familiam conſervabant, anteaquam capite minuerentur: Ergò agnati capite minuti debebant ſuccedere ab inteſtato leg. 12. tab. & ſic non indigebant Prætoris Edicto. Quoniam reſpondetur, ùt jam d. n. 9. dixi, quòd in agnatis capite minutis deficit agnatio, & eſt extincta, quæ eſt formalis ratio ſuccedendi à lege 12. tab. quæ agnationis qualitas in fœminis nuptis non eſt extincta, ſed ſopita.

Solùm igitur Prætor ſuô Edictô vocabat agnatos capite minutos ad ſucceſſionem ab inteſtato tertiô ordine, ùt utar verbis Juſtiniani *in d. prin. tit. Inſt. de ſucceſſione cognator.* id eſt, poſt agnatos ſimul cum cognatis, uſque dum à Juſtiniano fuerunt ſublatæ differentiæ agnationis & cognatio- 25

nis, de qua posteà: Sed tamen ante tempora Justiniani, & antè dictam exæquationem agnationis & cognationis, orta fuit quædam constitutio, *Anastasiana*, vocata: Anastasius enim Imp., qui Imperii habenas ante Justinianum gubernavit, constituit, quòd fratres emancipati, qui propter capitis diminutionem & sublatam agnationem non succedebant ab intestato fratri emancipato à Jure Civil, sed solúm ex Edicto Prætoris post agnatos simul cum cognatis, succederent simul cum fratribus non capite minutis, & integris ab intestato ad hæreditatem præmortui fratris; Hæc Anastasiana constitutio non exstat in Corpore Juris seu in Codice Justinianeo, sed de ea fit mentio *in prin. tit. Inst. de successio. cognator. l. 4. Cod. de legitim. tutorib. l. 5. Cod. de Curatore furiosi. l. fin.* §. 1. *Cod. de suis & legitim. hæred.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *opusc. cap.* 7. *n.* 3. & ratio, quâ motus fuit Imq: Anastasius, fuit propter maximum vinculum sanguinis, quod datur inter fratres, quod est primi gradus in ordine transversalium, quo vinculo stante contra æquitatem videretur, quòd agnati ulterioris gradûs excluderent fratrem emancipatum in successione fratris, & quòd frater emancipatus solùm in tertio ordine cognatorum vocaretur: Et hæc ratio suasit, quòd licèt Anastasiana constitutione vocarentur fratres emancipati ad successionem fratris, non tamen vocarentur filii fratris emancipati ad successionem Patrui simul cum aliis agnatis; quia ratio specialis vinculi sanguinis, quâ ab Anastasio indulta fuit talis successio fratribus emancipatis, non militabat in filiis horum fratrum. Sed advertendum est, quòd Anastasius vocabat sua constitutione fratres emancipatos ad successionem fratris mortui simul cum aliis fratribus integri juris; Sed tamen non admittebat fratres capite minutos

cum

cum fratribus integri juris in partes æquales, sed vocabat fratres emancipatos cum diminutione tertiæ partis, ità ut fratres integri juris haberent tertiam partem plùs quàm fratres emancipati *§. prin. tit. Instit. de successio. cognatorum* & textib. citatis; Eò quia in fratribus integri juris militabant duo vincula sanguinis & agnationis, sicque plùs debebant habere, quàm fratres emancipati, in quibus unum tantùm vinculum sanguinis scilicèt militabat. Calculus igitur divisionis fiebat hoc modo; Si dabantur duo fratres unus emancipatus, alter non, fiebant tres partes hæreditatis, & emancipatus habebat unam, utpote trientem, & frater integri juris, duas, utpote bessem, & si dabantur tres fratres, fiebant quatuor partes, tres unciæ pro emancipato, tres pro uno non emancipato, & tres pro altero non emancipato, & alius quadrans partiebatur inter duos fratres non emancipatos, unica & dimidia pro quolibet, & sic quilibet non emancipatus habebat quatuor uncias & dimidiam: sed tamen licèt consona videatur juris hæc divisio, tamen meo judicio magìs Anastasianæ Constitutioni accommodabilis videtur calculus sequens; quòd ex portione pertinente fratri emancipato detrahebatur tertia pars, quæ adjungebatur fratri integri juris, v. g. si dabantur duo fratres, frater emancipatus semissem habebat, & alius frater integri juris alium semissem, sed de semisse fratris emancipati defalcabatur tertia pars, id est, duæ unciæ, & applicabantur fratri integri juris, qui habebat bessem, & frater emancipatus trientem: qui calculus similis est, & in idem redundat quod alius supradictus in casu, quo dentur solùm duo fratres: si autem dabantur tres fratres, unus emancipatus, & duo integri juris, dividitur hæreditas in tres partes, seu in

in tres trientes, &, de triente fratris emancipati defalcatur tertia pars, quæ est una uncia, & triens unciæ, quæ partitur inter duos fratres non emancipatos, id est bes unciæ pro quolibet, sicque quilibet frater non emancipatus habebat quatuor uncias, & bessem unciæ hæreditatis, & frater emancipatus solùm habebat duas uncias & bessem unciæ. Hæc observabantur de tempore Constitutionis Anastasianæ. Si autem solùm dabatur frater emancipatus, iste ex Constitutione Anastasii exclusis agnatis ulterioris gradus ad totam hæreditatem fratris mortui succedebat.

26 Non ponderabo contra hanc Anastasii Constitutionem difficultatem illam, quòd filii emancipati sunt de familia *l. peto* 69. §. *ult. ff. de legat.* 2. *l. pronunciatio* 195. §. *familia de V. S.* & sic non possunt dici minuti capite per emancipationem, quia intelliguntur dicti textus, quòd filii emancipati sunt in familia naturali, & non in civili. Retes in *Adversariis de bonor. possession. cap.* 3. *num.* 8. ùt alibi diss. 6. explicavi. Neque ponderabo illam aliam difficultatem, quòd emancipatio non est capitis diminutio, cùm sit in meliorem statum mutatio, quia hanc difficultatem latè explicant Antonius Faber *in pap. tit.* 15. *prin.* 1. D. Josephus Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 6. *toto*: sed solum ponderabo aliam majorem difficultatem, quæ est hæc: Imperator Justinianus in *prin. tit. Inst. de fiduciaria tutela* dicit, quòd frater est tutor fiduciarius fratris impuberis emancipati & non tutor legitimus, quod etiam habetur in *leg.* 4. *Cod. de legitim. tutorib.* Faber *in pap. tit.* 13. *prin.* 2. *illat.* 4. Donellus *lib.* 3. *Com. cap.* 6. & Osualdus *lit. G.* D. Josephus Retes *lib.* 1. *Opusc. cap.* 7. sed talis tutela non esset fiduciaria, si fratres emancipati vocarentur ab Anastasio ad legitimam hæreditatem fratris; quia cùm successio esset legitima, etiam tutela es-

sec

set legitima, & non fiduciaria: Ergò fratres capite minuti seu emancipati ex Constitutione Anastasii non succedunt ab intestato simul cum fratribus integri juris. Hugo Donellus *d. lib. 3. Com. cap. 6. lit. I.* videtur insinuare, quòd textus in *prin. tit. Inst. de fiduciaria tutela*, in quo frater est tutor fiduciarius fratris impuberis emancipati, intelligitur de jure antiquo ante Constitutionem Anastasii, quia hac Constitutione supposita jam non est tutor fiduciarius sed legitimus, & sic tempore Justiniani jam erat legitimus: sed hoc esset notam Triboniano irrogare, miscendo cum novo jus antiquum ùt bene Retes *d. lib.* 1. *Opusc. cap.* 7. *num.* 3. Undè optima est solutio D. Josephi Retes *d. cap.* 7. *n.* 3. *&* 4. quam deprompsit ex Cujacio *in notis ad prin. tit. Instit. de fiduciaria tutela* dicendo, quòd Constitutio Anastasiana loquitur de fratre emancipato in ordine ad successionem fratris integri juris, quo casu succedebat frater in bonis fratris, & erat ejus tutor legitimus ex Anastasiana Constitutione: Justinianus autem *in prin. tit. Instit. de fiduciaria tutela* loquitur de fratre integri Juris in ordine ad fratrem emancipatum, quo casu non intrabat Anastasiana Constitutio, & sic nec tutela legitima, sed fiduciaria: si petis rationem cur in uno casu intrabat Constitutio Anastasii, & non in alio, eam post Cujacii dicta noviter debemus D. Josepho Retes *d. num.* 4. quia in casu, quo quærimus de successione fratris integri juris in ordine ad fratrem emancipatum, cui est succedendum, aut iste frater habet filios vel non? si habet filios, isti priùs succedunt, §. 1. *Inst. de hæreditatibus, quæ ab intestato*: si non habet filios; nullus potest excludere fratrem non emancipatum ex capite proximitatis, quia frater emancipatus, de cujus successione agimus, non potest habere agnatos, cùm per emancipationem amiserit jus agna-

agnationis, §. *fin. Instit. de legitim. agnator. tutela*; undè cùm talis frater emancipatus solùm possit habere successores ex ordine cognatorum, & in hoc ordine nullus potest præcedere fratrem, nec mater mortui §. *præferuntur Instit. de S. C. Tertulliano*, sufficiebat in hoc casu edictum Prætoris ad hoc ut frater succederet, sicque esset superflua pro hoc casu Constitutio Anastasiana: at verò in casu, quo frater emancipatus vult succedere fratri integri juris; cùm possent dari multi agnati, qui istum fratrem emancipatum possent præcedere, cùm Prætor solùm vocaret agnatos capite minutos post agnatos integri juris *l. 1. ff. undè legitimi. l. 2. ff. de suis & legitim. hæredibus.* Ulpianus *lib. reg. tit.* 26. Retes *d. cap. 7. num. 2.* ideò in hoc casu non sufficiebat edictum Prætoris, sed requisita necessaria fuit Constitutio Imperatoris Anastasii.

27 Postquàm igitur Imp. Justinianus *in prin. tit. Instit. de successione cognator.* posuit regulam generalem, quòd cognati incogniti à jure civili seu lege 12. tab. succedebant ab intestato jure Prætorio per bonor. possessionem *undè cognati* in tribus §§. sequentibus *Instit. de successione cognator.* ponit Justinianus tres illationes; duæ primæ claræ & faciles sunt: Prima scilicet, quòd illi, qui per fœminei sexûs personas ex transverso junguntur, succedunt ab intestato ex parte edicti proximitatis, *undè cognati*: sed dubium statim oritur, quid vult dicere Justinianus in dicta illatione & §. *eos etiam* 1. *Instit. de succession. cognator.* quia quòd conjuncti per fœmineam personam succedunt jure prætorio ex capite proximitatis, jam hoc dixit in *prin. tit. Instit. de succession. cognator.* sicque superfluè hoc repetit Justinianus in §. 1. Sed respondeo, quòd Justinianus in *d.* §. *eos* 1. *Instit. de succession. cognator.* emphaticè, & cum maximo mysterio voluit explicare, quid sint cognati, dicendo, quòd

quòd cognati sunt, qui per fœminei sexûs personas, ac ex transverso junguntur, sicuti etiam hoc explicavit *in* §. 1. *Instit. de legitim. agnator. tutela &* §. 1. *Inst. de legitim. agnator. successione.* Vel aliàs dic, quòd d. §. *eos etiam* 1. *Instit. de successio. cognator.* non unitur cum *prin. tit. in prin.* sed cum vers. *Nam agnati*; ità ut velit inferre Justinianus, quòd sicut agnati capite minuti tertio locô post suos & agnatos à Prætore vocantur, ità similiter cognati, seu conjuncti per fœmineas personas tertio locô post suos & agnatos ad successionem ab intestato vocantur. Secunda illatio in §. *liberi quoque* 2. *Instit. de de successione cognator.* facilior pro præsenti est, ubi dicit Justinianus, quòd filii emancipati dati in adoptionem, dum sunt in adoptiva familia succedunt Patri naturali tertio ordine ex Edicto proximitatis, seu *undè cognati*, quod etiam dixit Justinianus *in* §. *admittendi Instit. de hæreditat. quæ ab intestato*, & ego explicavi Dissert. antecedenti.

Immoremur magis in tertia illatione & decisione Justiniani in §. *vulgò quæsiti* 3. *Instit. de successione cognatorum* ubi quærit Imp. Justinianus de successione ab intestato vulgò quæsiti, utrùm si aliquis vulgò quæsitus ab intestato decedat, quis ei succedere debet an agnati, an verò cognati? In quo puncto aliqua explicanda sunt de successione filiorum vulgò quæsitorum tum activa tum passiva: De variis speciebus filiorum illegitimorum eas singulas explicans latè agit Episcopus Campanilis in diversorio Juris Canonici *rubr.* 13. *cap.* 13. *à n.* 1. Nos autem in præsenti de vulgò quæsitis agimus. Vulgò quæsiti ùt definit Modestinus in leg. *vulgò concepti ff. de statu hominum* sunt illi, qui Patrem certum non possunt demonstrare, nam dum mater eorum multis viris meretricando se supposuit, sunt dubii & incerti, quem Patrem ha- 28

beant; Cùm nec Jure Civili possint Patrem demonstrare, quia Pater solùm ille Jure Civili est, quem nuptiæ demonstrant *l.* 19. *ff. de statu hominum*, nec jure naturali verosimiliter, cùm illa mater multis viris se supposuerit: Undè in hoc fuit celebre illud dictum cujusdam antiqui Philosophi, qui cùm videret vulgò quæsitum lapidem jacere in conclave, & circulum hominum, dixit: *Cave, nè Patrem tuum ferias.* Mynsinger *in* §. *adversus pen. Instit. de nuptiis* latè Campanilis *d. rub.* 11. *cap.* 13. *n.* 13. Primò igitur videamus, quomodo filii vulgò quæsiti succedant Patri (nam de successione filiorum naturalium latè egerunt Antonius Faber *in papa. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. Campanilis *in diversorio Juris Canonici rub.* 11. *cap.* 13. *à n.* 25.) in quo certa regula in jure est, quòd spurii seu vulgò quæsiti in bonis Patris nec alterius ascendentis ex linea Paterna succedere possunt, cùm certum Patrem non habeant. *l. si Spurius ff. undè cognati* & ibi notata à DD. Campanilis *d. cap.* 13. *n.* 34. taliter, quòd relicta in testamento à Patre filio Spurio & vulgò quæsito pro non scripto habentur, cedúntque in comodum hæredũ ex testamento vel ab intestato. Harthman. *tom.* 1. *quæst. jur. quæst.* 40. *n.* 15. Clarus *in* §. *testamentum q.* 31. *n.* 3. Franciscus Marcus *decis. delphinat.* 89. *p.* 1. aliis Campanilis *d. cap.* 13. *n.* 45. de qua Spuriorum institutione à Parente facta tam jure veteri quàm novo vide Prætis *de int. ultim. volunt. lib.* 3. *int.* 1. *dub.* 3. *solut.* 3. *tot.* Petrum Gregor. *lib.* 42. *Sintag. cap.* 35. *n.* 6. Vasquium *lib.* 3. *Contr. cap.* 102. *n.* 7. Osualdum *ad Donel. lib.* 6. *cap.* 17. *lit. Q. in fine.* Secundò inspiciendum est de successione filii vulgò quæsiti, & naturalis in ordine ad matrem (nàm quoad matrem nihil differunt vulgò quæsiti, & naturales) quam quæstionem jam decisam habemus à Justiniano *in* §. *novissimè*

simè Instit. de §. C. Orphitiano, quòd filii vulgò quæsiti matri ab intestato succedunt; & contra illam habet quærelam *l.* 29. §. 1. *ff. de inofficioso testam.* & habetur in l. *Modestinus* 8. *leg.* 2. *ff. undè cognati.* Faber *in pap. tit.* 16. *prin.* 2. *illat.* 1. Campanilis *d. cap.* 13. *n.* 31. rationémque addit Faber *d. illat* 1. quia S. C. Orphitianum, & novæ leges deferunt hæreditates sub nomine naturæ, & personis naturaliter designatis, non personis sub nomine Civili suitatis, & agnationis designatis, sicut lex 12. tab.; & filii vulgò quæsiti naturaliter filii sunt; Cùm natura omnibus communis sit *l.* 12. §. *pen. Cod. de accusatio.* Sicque vulgò quæsiti matri ab intestato ex S.C. Orphitiano succedunt, excepto speciali casu leg. *si quæ illustris* 5. *Cod. ad S. C. Orphitianum*, de qua Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. & sic similiter mater ex S. C. Tertulliano in bonis filii vulgò quæsiti ab intestato succedit propter eandem rationem §. *licèt autem fin. Inst. de S. C. Tertulliano.*

Deveniamus jam ad successionem filii vulgò quæsiti in ordine ad transversales, quo explicabitur noster §. *vulgò quæsitus* 3. *Instit. de successione cognator.* in quo pari passu vulgò quæsiti, & naturales ambulant. Igitur si aliquis vulgò quæsitus decedit ab intestato, agnati non possunt ei succedere, benè verò cognati d. §. *vulgò quæsitus fin. Inst. de successione cognatorum.* §. *licèt de S. C. Tertulliano* §. *novissimè de S. C. Orphitiano l. Spurius ff. undè cognati l. ultim. Cod. de naturalib. liberis*, Schneiduinus ibi *n.* 42. Froster *lib.* 8. *cap.* 20. & *lib.* 6. *cap.* 47. Donellus *lib.* 9. *cap.* 4. & ibi Osualdus *lit. B.* latiùs aliis allegatis idem Osualdus *lib.* 6. *Com. cap.* 17. *lit. Q.* Faber *in in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. Campanilis *in diversorio jur. Canonici rub.* 11. *cap.* 13. *n.* 32. & in terminis naturalium latè Gaspar Antonius Thesau- 29

rus *lib.* 1. *q.* 22. Codex Fabrianus *lib.* 5. *tit.* 6. *diff.* 2. Joannes Baptista Lupus *de illegitim. & naturalib. comment.* 1. §. 2. *n.* 8. Noster Fontanella *decis.* 57. *n.* 5. *tom.* 1. Ratio decidendi adducitur à Justiniano in d. §. *vulgò quæsitus*, quia agnatio & jus familiæ provenit à Patre & filii Spurii seu vulgò quæsiti & naturales, cum jure Civili certum Patrem non habeant *l.* 19. *ff. de statu hominum* non habent agnatos, sicque agnati eis non succedunt: Cognatio autem & vinculum cognationis provenit à matre §. *filium Authen. quibus modis natal. efficiantur legitim.* Thesaurus Lupus & Fontanella locis citatis, & cùm vulgò quæsiti, & naturales habeant matrem certam: Mater enim semper à natura certa est: ideò habent cognatos, & cognati illis ab intestato succedunt: Undè filiis vulgò quæsitis, & naturalibus cognati jure prætorio ab intestato succedunt, & isti istis cognatis.

30 Sed contra dictam regulam militare videtur textus in leg. *adoptivus* 14. §. 2. *ff. de ritu nuptiarum*, ubi hæc verba leguntur: *Undè nec vulgò quæsitam filiam Pater naturalis potest uxorem ducere*, ex quibus verbis infertur, quòd vulgò quæsiti Patrem habent, & demonstrare possunt, quod est contra aliam decisionem Consulti *in leg. vulgò concepti* 23. *ff. de statu hominum.* Secundò idem suadere potest textus alter in L. *Parentes 6. ff. de in jus vocando.* Ubi filii naturales non possunt Patrem in jus vocare sinè venia Prætoris: Ergò à Prætore certus Pater eis consideratur. Antonius Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. suo more solito corrigendi textus solvit primam difficultatem *leg.* 14. §. 2. *ff. de ritu nuptiarum*, dicendo, quòd totus ille versiculus suppositus & surreptitius est ex glossa cujusdam interpretis imperiti: Sed ego aliàs puto posse dissolvi difficultatem dicendo, quòd in *d.*

l. 14.

l. 14. §. 2. loquitur Consultus de prohibitione nuptiarum inter filiam vulgò quæsitam, & ejus Patrem; & licèt vulgò quæsiti nec jure Civili nec jure naturali censeantur certum Patrem habere, quia tamen in materia nuptiarum non solùm inspicitur id, quòd licet, sed etiam id, quod naturali pudore honestum est; & inhonestum videretur, quôd vulgò quæsita contraheret matrimonium cum illo, de quo dubitatur, an Pater illius vulgò quæsitæ sit: Ideò in *d. l.* 14. §. 2. *ff. de ritu nuptiar.* prohibet Consultus nuptias & matrimonium inter filiam vulgò quæsitam, & illum, qui dubitabatur, an esset ejus Pater naturalis. Secundæ difficultati *leg.* 6. *ff. de in jus vocando*, respondetur, quòd *in d. l.* 6. loquitur Consultus de filiis naturalibus: Flii naturales non habent certum Patrem à jure Civili, & sic jus Civile non dat ei effectus à Patre provenientes, qualis est suitas & agnatio: At verò filii naturales ex concubinatu jure naturæ habent Patrem certum, & jus dat eis effectus jure naturali à Patre provenientes, qualis est reverentia in patrem, propter quam non possunt filii parentes in jus, seu in judicium sinè venia Prætoris vocare.

Tertiò illud quoque rationi dubitandi locus 31
dare videtur, quod Jure Divino, Jure Canonico, & omni jure, concubinarum consuetudines reprobatæ sunt, & actus cum meretricibus: licèt enim Gentiles Romani ob publicam procreationis hominum utilitatem, & ad majus malum evitandum concubinatum permisissent *l.* 1. *& tot. tit. ff. de Concubinis*; tamen meliori politica Christiana Jure Divino & Canonico tales concubinatus prohibiti sunt & meretricarii Coitus *cap.* 4. *Tobiæ attende tibi fili mi ab omni fornicatione, & præter uxorem tuam nunquam patiaris crimen scire. D. Paulus* 1. *ad Co-*

 rin-

rinthios cap. 6. *fugitè fornicationem cap.* 15. *numeror. cap.* 20. *Exodi* Can. *Meretrici* 32. *q.* 4. Can. *nemo* 32. *q.* 4. Campanilis *d. cap.* 13. *n.* 6. Ergò etiam successiones in vulgò quæsitis tanquam à prohibita causa provenientes non erant admittendæ à Justiniano in *d.* §. *pen. Instit. de successio. cognator.* cui difficultati respondet Campanilis *d. rub.* 11. *cap.* 13. *n.* 34. quod in materia successionum ab intestato non inspicitur jus Canonicum & Divinum, sed solùm jus Civile; taliter, quòd communis Authorum doctrina fatetur, quòd in enumeratione graduum pro successionibus ab intestato jus Civile inspicitur, pro matrimoniis jus Canonicum, ut latè explicavit noster Fontanella *decis.* 12. *tota tom.* 1. & post eum Crespi *obser.* 96. *n.* 5. & cum decisione nostri Senatus Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 54. undè cùm in materia successionum ab intestato solùm jus Civile inspiciatur, non Canonicum, rectè potest sustineri successio cognatorum in bonis vulgò quæsiti, etiam in terris Jurisdictionis Ecclesiasticæ, & in terris, in quibus propter Constitutiones priùs jus Canonicum susceptum est, quàm Civile, ùt est noster Principatus Cattalæ. *cap.* 40. Curiæ anni 1599. Michaël Ferrer 1. *part. observan. in prin.* Fontanella *decis.* 12. *n.* 2. *tom.* 1.

32 Quarta ratio dubitandi est, quia filii vulgò quæsiti non sunt Cives Romani: Ergò cognati non possunt succedere vulgò quæsitis ab intestato; cùm successiones legitimæ solùm sint propriæ Civium Romanorum. Cives namque Romani aut sunt Patresfam. aut Filiifam leg. *nam Civium* 4. *ff. de his, qui sunt sui vel alieni juris.* Faber *in pap. tit.* 1. *prin.* 2. *illat.* 1. sed vulgò quæsiti neque sunt Filiifam. neque sunt Patresfam.; non sunt Filiifam., quia non sunt in patria potestate sui patris §. *si adversus pen. Instit.*

Instit. de nuptiis, cùm patria potestas solùm per justas nuptias acquiratur *prin. tit. Instit. de patria potestate.* Faber *in pap. tit.* 9. *prin.* 1. Neque sunt Patresfam., quia nullam familiam habent: familia enim provenit à patre, & isti non habent patrem certum *d.* §. 1. *si adversùs*, & licèt matrem certam habeant, ista non habet familiam, sed est caput & finis familiæ *l.* 195. *in fine ff. de V. S.* Tum quia non solùm à natura, sed etiam à jure civili alienum est, quòd quis quasi monstrum nascatur sinè patre. Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. *in prin.* & filii vulgò quæsiti sinè patre nati sunt §. *pen. Instit. de nuptiis*: Tum quia quomodo Civis Romanus esse potest, & civitatem habere, qui patrem non habet: Filii enim fiunt cives civitatis propter patrem, ut sic in nostra Civitate Barcinonis observatur: Ergò vulgò quæsiti, non sunt Cives Romani.

Quintò dubium nec leve moveri potest ex *Novella* 89. *in prin. in tit. quibus modis naturales efficiuntur legitimi*, in quo textu dicit Imp. Justinianus, quòd ante Constitutiones Imperatoris Constantini nomen filiorum naturalium legibus erat incognitum, & quòd filii naturales ante Constantinum habiti fuerunt pro Alienigeris & Peregrinis; sed Peregrini & Alienigenæ non sunt Cives Romani, ùt alibi dixi Differt. 1. Ergò filii naturales, & quod minùs est vulgò quæsiti non sunt Cives Romani: Ergò Cognati non possunt succedere vulgò quæsitis ab intestato defunctis, nec vulgò quæsiti suis Cognatis. 33

Tanta fuit vis horum argumentorum, quòd Alciatus *l.* 4. *Parerg. cap.* 6. & Antonius Faber *in pap. tit.* 3. *prin.* 4. *& tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. *& in rationalibus ad leg.* 17. *ff. de statu hominum* putârunt, & probare voluerunt, quòd olim jure antiquo vulgo quæsi- 34

quæsiti & naturales filii non erant Cives Romani, & quod civitatis jure carebant. Quæ sententia falsissima est, & meritò rejecta ab Osualdo *ad Donel. lib. 6. Com. cap.* 17. *lit. q.* quod probatur Primò ex leg. *in orbe* 17. *ff. de statu hominum*, ubi omnes qui sunt in Orbe Romano seu Civitate Romana ex Constitutione Antonini Cives Romani sunt. Ergò vulgò quæsiti si sunt in Civitate Romana residentes Cives Romani sunt. Secundò, quia vulgò quæsiti, cùm sequantur conditionem matris sunt liberi *leg.* 24. *ff. de statu hominum*, sed sola Civitas Romana propria libertas est §. *fin. in fine Inst. de libertinis.* Ergò vulgò quæsiti sunt Cives Romani. Tertiò, quia vulgò quæsiti jam olim matri & cognatis maternis ab intestato successerunt *l.* 2. *leg.* 4. *ff. undè cognati*, Ergò erant Cives Romani, cùm aliàs non possent habere jus legitimæ successionis. Quartò, quia vulgò quæsiti & naturales poterant in decuriones eligi *l.* 3. §. 1. *leg.* 6. *ff. de Decurionibus* Hotmannus *in disp. de spuriis cap.* 3. Sed soli Cives Romani possunt esse Decuriones, cùm Decurionionatus sit honor & dignitas *leg.* 1. *&* 3. *Cod. de Decurionibus l.* 6. *ff. eod.* Pancirolus *de Magistrat. cap.* 1. Bobadilla *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 19. Losæus *de jure univers. cap.* 3. *n.* 15. D. Franciscus de Amaya *ad leg.* 34. *Cod. de Decurionib. n.* 2. ergò vulgò quæsiti & naturales filii sunt Cives Romani.

35 Undè nihil supradictam veritatem perturbant rationes dubitandi Antonii Fabri supraponderatæ in *num.* 32.; non prima, quia vulgò quæsiti licèt non sint Filiifam. sunt Patresfam. & habent suam propriam familiam non à patre, neque à matre, sed à se ipsis: Nam eô ipso quod sunt liberi *l.* 24. *ff. de statu hominum*, & habitant in Civitate Romana seu Orbe Romano, jam sunt Cives Romani, & incipiunt novam familiam habere: Nam Civis

ali-

alicujus Civitatis dicitur ille, qui habitat in Civitate, & sic ille, qui per unum annum & diem in Civitate nostra Barcinonis habitavit, jam est Civis Barcinonensis. latè Xammar *de Privilegiis Civitat. Barcinon.* §. 1.

Secundæ respondetur, quòd monstrum est à natura, quòd quis sinè patre nascatur, non tamen quoad jura civitatis, quia bene potest quis esse civis alicujus civitatis in ea habitando, licèt pater ejus civis illius civitatis non sit, & sic tertia ratio soluta manet. Difficilior auté est solutio difficultatis ex supraponderata *Novella* 89. propter quam Zasius *in l.* 45. *ff. de vulgari n.* 3. proferre non erubuit, quòd scilicet Justinianus cum tota sua aula falsum dixit, in dicta *Novell.* 89. sed modestius cum Hotmanno *in disp. de spuriis cap.* 3. Osualdo *ad Donel. lib.* 6. *cap.* 17. *lit. Q.* respondendum est, quòd illa *Novel.* 89. quando dicit, quòd vulgò quæsiti & naturales ante leges Constantini erant incogniti, & pro Peregrinis habiti, intelligitur quoad leges civiles, & quoad jus agnationis, secùs autem à jure Prætorio & quoad jus Cognationis, & sic Prætor eos cognoscendo, dabat illis bonorum possessionem *undè cognati* ab intestato, licèt à leg. 12. tab. quoad jus agnationis non agnoscerentur, quod est idem, quod dicit Justinianus in nostro §. *vulgò quæsitus pen. Instit. de successio. Cognator.* 35

Sextò obstare videtur I. C. *in leg. Lucius Titius* 45. *ff. de vulgari & pupillari*, ubi in fine in vers. aliter ponit casum, quòd pater aliquis substituit pupillariter ad invicem duos filios impuberes, unum legitimum & naturalem, & alium naturalem tantùm & decidit Consultus, substitutionem pupillarem valere; sed ad substitutionem pupillarem requiritur, quòd filius cui pupillariter substituitur, sit suus hæres patri *prin. tit, Instit. de pupillari,* 36

 & ibi

& ibi DD. Ergò filius naturalis habet jus suitatis, & sic etiam jus agnationis, quod idem dicendum erit de vulgò quæsitis. Hæc difficultas dissolvitur corrigendo textum & detrahendo vers. *aliter*, tanquam sureptitium, quod non repeto, quia latè jam de hac lege egi suprà Dissertatione 4ta.

37 Septimò obstabis ex leg. *naturali* 7. *ff. de confirmando tutore l. Lucius* 88. §. *Damæ ff. de legat.* 2. *l.* 41. §. *pater ff. de legat.* 3. *l.* 17. §. *si quis rogatus ff. ad S. C. Trebellianum*, in quibus & aliis infinitis textibus in Corpore Digestor. dispersis invenitur quòd multi Juris-Consulti, qui floruerunt ante tempora Constantini mentionem fecerunt de filiis naturalibus, & ab iis fuerunt cogniti: Ergò filii naturales & vulgò quæsiti ante Imperium Constantini jam erant cogniti à jure Civili, & sic jure Civili eis poterat succedi, & non solùm jure Prætorio, ùt dicit Justinianus in §. *vulgò quæsitus Inst. de successione cognater.* Cardinalis Pelæotus non potuit in tract. quem de Nothis & Spuriis scripsit ab hac difficultate se expedire, ùt notat Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. Sed minùs se expedivit Faber in dicto loco dum dixit, quòd illi textus loquuntur de filiis naturalibus in servitute conceptis, qui naturales dicuntur *l.* 88. §. *Damæ ff. de legat.* 2. *leg.* 4. *Cod. de interdicto matrimon.* & non loquuntur de filiis naturalibus ex concubina conceptis, qui ante Constantinum incogniti erant *Novel.* 89. Quia etiam cognationes serviles seu eorum, qui erant concepti in servitute, non erant cognitæ à jure Civili *prin. tit. Instit. de servili cognatione* ùt suprà n. 6. undè melior solutio dictorum textuum est, quod dictæ leges, in quibus Consulti ante tempora Constantini cognoverunt filios naturales, & vulgò quæsitos intelliguntur supposito jure Prætorio & edictis Prætoriis, quibus vulgò quæsiti & naturales

ad

ad successionem ab intestato ex capite proximitatis vocabantur, sicuti eodem modo solvitur lex 29. §. 1. *ff. de inofficioso testamento*, ubi vulgò quæsitis competit quærela, quia eis competit extensivè à Prætore, postquàm Prætor eis concessit successionem ab intestato ex capite *undè Cognati.*

Octava difficultas est, quia sicut jure naturali 38 sunt conjuncti vinculo sanguinis per matrem, quæ est principium cognationis, vulgò quæsiti; ità etiam filii concepti à servis in servitute, seu contubernio vinculo naturali sanguinis conjuncti sunt, taliter, quòd filii in servitute concepti dicuntur filii naturales, *l.* 88. §. *Damæ ff. de legat.* 2. *leg.* 4. *Cod. interdicto matrimonio.* Faber *in pap. tit.* 10. *prin.* 2. *illat.* 1. Sed cognationes serviles neque à jure Civili, neque à jure Prætorio erant cognitæ quoad successionem ab intestato *princip. tit. Instit. de servili cognatione* & latiùs dixi à n. 6. Ergò neque cognationes filiorum naturalium, & vulgò quæsitorum debent à Prætore admitti quoad successionem ab intestato: Difficultatem dissolvo ex his, quæ dixi dicto n. 6. quod cùm servi jure Civili & Prætorio pro nullis & mortuis habeantur, ità ut per manumissionem novus homo renatus dicatur, non attenduntur à Prætore serviles cognationes quoad successionem ab intestato, quæ ratio non militat in filiis vulgò quæsitis in ordine ad matrem, quam semper certam habent, sicque certos cognatos, qui eis possunt ab intestato succedere.

Nonò poterit allegari textus *in l. final. in fine* 39 *Codic. de naturalibus*, in quo textu loquendo Imperator Justinianus de filiis naturalibus dicit, quòd nomina cognationis perperam & malè extenduntur ad filios naturales: Ergò filii naturales & vulgò quæsiti propriè non habent cognatos ùt sic arguit Faber *in pap. tit.* 3. *prin.* 4. & sic cognati non

ſuccedunt jure Prætorio filiis vulgò quæſitis. Reſpondeo tamen huic difficultati, quòd *in d. l. fin. Cod. de naturalib. liberis* loquitur Juſtinianus de filiis naturalibus, & vulgô quæſitis in ordine ad patrem, ſeu de transverſalibus ex parte patris, qui cùm pater certus non ſit, & licèt ſit certus, tamen ille eſt pater, quem habere non licet, non dicuntur propriè cognati, ſed impropriè, & per extenſionem, & adhuc perperam, cùm talis cognatio ex delicto, & damnato coitu oriatur: Pluribus D. Joannes Baptiſta Larrea *decis. 32. n. 3. in fine.* Nos autem & Prætor in d. §. *penult. Instit. de ſucceſſio. cognator.* loqnimur de cognatis per mâtrem, quæ, cùm ſit certa, propriè producit vinculum cognationis.

40 Tandem ut nihil imperfectum relinquamus pro coronide hujus Diſſertationis, licèt breviter videndum eſt, uſque ad quem gradum cognationis Prætor deferat cognatis ſucceſſionem ab inteſtato, quo lux dabitur Juſtiniano *hoc* §. *fin. Instit. de ſucceſſione cognator.* in quo textu Imperator dicit quòd lex 12. tab. defert agnatis hæreditatem ab inteſtato uſque ad decimum gradum, quòd etiam fecit prætor in bonorum poſſeſſione *undè legitimi:* At verò cognatis ſolùm defert Prætor hæreditatem ab inteſtato uſque ad ſextum gradum, niſi in Sobrino & Sobrina, & ejus deſcendentibus, quibus uſque ad ſeptimum gradum defertur ſucceſſio, ità habetur *in d.* §. *hoc loco fin. Instit. de ſucceſſione cognatorum.* leg. *octavi* 9. *ff. undè cognati*, tenent Donellus *lib.* 9. *Com. cap.* 4. *lit. O.* & ibi Oſualdus Froſter *lib.* 2. *de ſucceſſio. cap.* 9. *&* *lib.* 8. *cap.* 9. *n.* 7. Sneideivinus *de ordine ſucced. cap* 3. *n.* 39. Coler *decis.* 51. noſter Cancer *Var p.* 1. *cap.* 5. *n.* 30. Ratio decidendi eſt, quia certus aliquis numerus debebat dari in ſucceſſione agnator. ex lege 12. tab., cùm

alius

alius fere nunquam esset casus, quo fiscus posset venire in bona vacantia, cùm semper detur unus vel alius agnatus in gradu remotissimo; cur autem à jure Civili definitus fuit numerus, & terminus usque ad decimum gradum, ratio à priori reddi non potest, sed quia sic majoribus placuit, leg. *non omnium ff. de legibus.* Solùm indaganda est differentia, cur in agnatis à jure Civili & Prætorio fuit definitus terminus usque ad decimum gradum, & in cognatis usque ad sextum. Ratio fuit, quia in agnatis duo vincula militant, unum naturale vinculum sanguinis, & aliud civile agnationis & familiæ, sicque magìs debet extendi successio ex illa regula, quòd duo vincula magìs quàm unum ligant argo. *ex §. sed hodie 2. Instit. de adoptio.* : In cognatis autem cùm solum unum vinculum sanguinis, scilicèt militet, minùs debet extendi successio, & sic usque ad sextum gradum. 2ò. quia cùm agnati conservent, illustrent & augeant familiam, arma gentilitatis & nomina deferant, censetur perseverare vinculum agnationis usque ad decimum gradum, quod secus est in agnatis: qui cùm non augeant familiam, solùm Prætor debet dare successionem usque ad sextum gradum, eò quia in sexto gradu censetur cognatio finita. Tertiò, quia successio agnatorum est ex lege, & non præter legem; Successio autem cognatorum non est ex lege, sed præter legem, sicque successio agnatorum debet magìs extendi usque ad decimum gradum, & successio cognatorum minùs usque ad sextum. Ratio tandem decidendi, cur in Sobrino & Sobrina, eorúmque filiis successio avunculi extenditur uno gradu magis, scilicet usque ad septimum est, quia Sobrinus Sobrina & eorum nati in ordine ad avunculum se habent, quasi descendentes: Ex quo inferes, quòd

lex 12. tab. in successione suorum hæredum, & Prætor in bonorum possessione *undè liberi* certum terminum non posuêre; sed liberi succedunt in infinitum; eò quia descendentes sunt, in quibus nunquam sanguinis vinculum cessâsse intelligitur, quod secùs est in agnatis & cognatis.

41 Sed contra dictam regulam allegari potest primò textus in *leg.* 2. §. 1. *ff. de suis & legitimis hæredibus*, & in §. *cæterum* 3. *Instit. de legitima agnator. successio.* ubi dicitur, quòd agnatis defertur successio ab intestato usque in infinitum; ergò non solùm usque ad decimum gradum. Quidam DD. ùt Cujacius Borcholten in nostro §. *fin.* Froster *lib.* 2. *cap.* 10. sunt in opinione, quòd agnatis defertur successio ab intestato usque in infinitum, & quod Justinianus *in* §. *fin. de successio. cognatorum*, quando dixit, quod agnatis defertur successio usque ad decimum gradum, posuit decimum gradum exempli causâ non absolutè sed comparativè ad cognatos. Sed tamen alii ùt DD. in num. antecedenti citati. Petra *de fideicomis. q.* 8. *n.* 506. & 510. Vasquius *lib.* 2. *de successio. res* §. 13. *n.* 2. Gail 2. *obs.* 150. *n.* 1. Angelus Matheacius *de via juris lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 8. & alii apud Osualdum *d. lib.* 9. *cap.* 4. *lit. P.* dicunt, quod & jure antiquo & hodie in agnatis successio in decimo gradu finitur, quæ sententia communior & plausibilior, admisitque eam noster Cancer *p.* 1. *Var. d. cap.* 5. *n.* 30. superest tamen tamen solvere textus supraponderatos, quibus satisfacio dicendo, quòd *in leg.* 2. §. 1. *ff. de suis & legitim. hæred.* quando dicitur, quòd agnati succedunt in infinitum, loquitur Consultus per hyperbolem, quia decimus gradus agnatorum longissimus est, & simili modo Justinianus *in d.* §. *cæterum* 2. *Instit. de legitim. agnator. successio.* in illis verbis: *Etsi longissimo gradu sint*, intelli-

telligitur de decimo gradu, qui longiſſimus gradus eſt, cùm in Arithmetica numerus denarius ultimus numerus ſit, poſt enim denarium numerum ad alios numeros revertimur: ſicque numerus denarius eſt longiſſimus, & in infinitum.

Secunda ratio dubitandi oritur ex textu 42
in §. *duorum autem* 4. *Inſtit. de nuptiis*, ubi duorum fratrum filii, qui Patrueles dicuntur jure Civili validum matrimonium contrahere poſſunt; quam Juſtiniani deciſionem ſic pondero: Certum eſt, quòd Patrueles ſunt in quarto gradu agnationis, cum ſint ex duobus fratribus §. *quarto gradu Inſt. de gradibus Cognationum*; Sed jus Civile in quarto gradu agnationis jam non conſiderat vinculum ſanguinis, ut poſſit validum matrimonium contrahi *cap. fin. extravag. de conſanguineis & affinib.* Cancer. *Var. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 54. in qua matrimoniorum materia magis pudor & honeſtas naturalis conſiderari debet, ùt alibi dixi: Ergò multò magis quoad ſucceſſionem ab inteſtato non debet conſiderari ſeu perſeverare vinculum ſanguinis & agnationis uſque ad quartum gradum, & ſic non uſque ad decimum. Huic rationi dubitandi (quam de novo excogitavi) etiam noviter reſpondeo, quod jus Civile Romanorum, licèt in quarto gradu agnationis & cognationis daretur vinculum ſanguinis, non voluit tale vinculum quarti gradus validis nuptiis præſtare impedimentum, ſicque jus Civile tali matrimonio in quarto gradu diſpenſavit ex ratione politica, ut faciliter contraherentur matrimonia, & minora impedimenta nuptiarum darentur, quod concernebat publico ſtatui, ut civitas legitima ſobole repleretur, quod poſteà Jus Canonicum mutavit mutando gradus ſtrictiori dinumeratione, prohibendo nuptias uſque ad quartum gradum Canonicum incluſivè, qui eſt octavus

vus civilis videns in hoc gradu etiam multum vinculum ſanguinis perſeverare; latè Legiſtæ Moraliſtæ, & Canoniſtæ in tractatibus de matrimonio. Tum etiam, quia odia ſunt reſtringenda, & ſtrictè interpretanda *cap. odia de reg. juris. in 6.* & pluribus Cancer *p. 1. cap. 1. n. 52.* & prohibitio nuptiarum inter Conſanguineos eſt odium, ſicque reſtringendum uſque ad quartum gradum: Succeſſio autem favorabilis eſt, ſicque uſque ad decimum gradum amplianda.

43 Tertia difficultas provenit ex *leg. 2. de veteranorum & militum ſucceſſione*, ubi tam agnati quàm cognati uſque ad quintum gradum ſolùm admittuntur ad ſucceſſionem ab inteſtato. Cui difficultati reſpondent communiter DD. quòd ibi loquitur de bonis caſtrenſibus, in quibus agnati ſuccedentes militi veterano vel cognati ſolùm uſque ad quintum gradum ſuccedebant, ſicque eſt caſus ſpecialis in ſucceſſione militum: Rationem ſpecialitatis non adducunt DD. quæ talis fuit, quia cùm bona militum cenſeantur à Principe perveniſſe, qui militibus ſtipendia ſolvit, ut redeant ad Principem, ſeu ad fiſcum, conſtitutum eſt, quòd fiſcus non excludatur nisi ab agnatis & cognatis uſque ad quintum gradum. Secundò reſpondent alii, quòd *in d. l. 2.* in ultimis verbis, Conſultus narrat factum, & defacto reſpondit, ſicque illa verba tanquam facti enunciativa, jus non faciunt. Aldobrandinus *in noſtro §. fin. lit. M.*

44 Quartò, dubium facit textus in *§. eos etiam 1. Inſtit. de ſucceſſio. cognator.* uti dicit Juſtinianus, quòd Prætor vocat cognatos ex edicto proximitatis tertio gradu, ergò non uſque ad ſextum. Reſpondetur: quòd illa verba Juſtiniani *tertio gradu* non intelliguntur, quòd Prætor ſolùm vocat agnatos uſque ad tertium gradum, quia vocat eos uſque

ad

ad sextum; sed intelliguntur *tertio gradu* id est *tertio loco* seu tertio ordine, scilicèt quòd cognati vocantur à Prætore tertio loco post suos & agnatos, sicuti dixit in *prin. tit Instit. de successio. cognator.*, seu à Prætore tertio ordine vocantur.

Quintò obstare videtur *cap.* 1. *de feudorum successione*, *cap.* 1. §. *hoc autem sciendum*, *qui feudum dare possunt*, in quibus textibus Imp. Federicus in successionibus solùm voluit eas deferri usque ad septimum gradum nulla factâ differentia agnationis & cognationis. Cui dubio respondet noster Cancer *p.* 1. *Var. cap.* 5. *n.* 31. quòd dicti textus loquuntur de successione feudorum, in quibus est speciale propter favorem domini infeudantis, quòd successio feudi non extendatur nisi usque ad septimum gradum Decius *Cons.* 85. *n.* 5. exceptis feudis constitutis nomine regni, Ducatus, Comitatus &c. in quibus successio usque ad millesimum gradum extenditur, pluribus Cancer *d. n.* 31. 46

Sextò etiam dubitandi rationi locum dare videtur Auth. *de restitutione fideicommissorum* §. *non igitur*: ubi decidit Imp. Justinianus, quod si testator prohibet aliquem alienare extra familiam, solùm potest alienare usque ad quartum gradum agnationis, & non ulteriùs; quia solùm, qui sunt intrà quartum gradum censetur de familia, & non illi, qui sunt ulterioris gradus; & cum hac sententia transeunt DD. *in d.* §. *non igitur.* Bartol. *n.* 3. Jacobus de Belvis. *Circa finem.* Jason in leg. *filiusfam.* §. *divi in* 2. *lect. n.* 155. *de legat.* 1. ibidem Ripa *circa finem* Covarruvias *lib.* 3. *Var. cap.* 5. *n.* 4. & cum aliis Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 54.: Ergò vinculum agnationis solùm perseverat usque ad quartum gradum, & sic non succedunt usque ad decimum. Regulam supradictam posuit Cancer *d. n.* 54. sed non cognovit difficultatem dictæ Auth. 47

cum nostro §. *fin.* neque potest dici, mutatum fuisse jus illud ex d. Auth. quia si hoc ità esset, non absolutè dixisset Justin. *in nostro* §. *fin. Instit. de successio, cognator,* successionem extendi usque ad decimum gradum agnationis. Fateor difficultatem gravissimam esse; sed respondeo specialitatem inveniri in casu dictæ Auth. §. *non igitur de restit. fideicommis.* propter voluntatem præsumptam testatoris volentis bona non alienari extra familiam; censetur enim testatorem voluisse, quòd sua bona, quantò minus possent, in remotiores gradus agnationis alienarentur; & sic rectè Justinianus hanc prohibitionem alienandi testatoris expressè positam considerans, constituit in d. Auth. §. *non igitur* quòd solùm bona possint alienari intrà quartum gradum agnationis, & non aliàs.

48 Sed hæc omnia, quæ diximus de agnatis & cognatis quoad successionem ab intestato jam mutata sunt per Justinianum, æquitatem sequutus in Autha. *de hæredib. ab intestato venientibus in* §. *si verò neque* vers *nullam*, ubi sublata est differentia agnationis & cognationis quoad successionem ab intestato. *Novella* 118. *cap.* 4. Donellus *lib.* 9. *cap.* 4. & Osualdus Ranchinus de *successionibus* §. 13. *n.* 7. Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 5. *n.* 5. *& p.* 1. *cap.* 1. *n.* 37. vers *quæro primo* in fin. & sic hodie cognati sicut agnati usque ad decimum gradum succedunt, sicque est communis opinio DD. Donellus *lib.* 9. *cap.* 4. *in fine*, quæ exequatio agnatorum & cognatorum solùm locum habet in tutelis & successionibus ab intestato. Cujacius in *Novella* 118. *circa finem* quoad successionem ex testamento & quærelam non est sublata differentia agnationis & cognationis *l.* 23. *Cod. de inofficioso.* Osualdus *ad Donellum lib.* 9. *cap.* 4. *lit. A.* Qua differentia sublata inter agnatos & cognatos non habet locum illa regula: *Paterna*

Paterna Paternis, & materna maternis. Froster *cap.* 8. *n.* 4. Osualdus *ad Donell. lib.* 9. *cap.* 4. *lit. F.* nisi apud nos. Ubi in successione impuberis materna transversalibus maternis, & paterna paternis applicantur, Constit. *los impubers tit. de pupillars substitutions.* Fontalla *decis.* 52. *n.* 3. *tom.* 1. quæ constitutio etiam mutavit jus antiquum de successione agnatorum usque ad decimum gradum, & cognatorum usque ad sextum, quia per dictam constitutionem & ejus expressa verba agnati & cognati solùm usque ad quartum gradum succedunt, & hoc propter favorem parentum, ita ut si non dantur agnati vel cognati in quarto gradu, parentes in tota hæreditate impuberis suceedunt, in terminis Cancer *Var. p.* 1. *cap.* 1. *n.* 23. & 37. cum dicta constitutio odiosa sit, ut tenet Cancer *d. cap.* 1. *n.* 52. sicque restringenda, de quo & dicta Constit. latè Ferrer in tomo, quem de dicta Constit. *los impubers* in lucem deprompsit & DD. per eum citati.

Omnia sub Correctione Sanctæ Matris Ecclesiæ.





T 2 Erra-



ERRATA.

Pagina.	*Linea.*	*Errata.*	*Corrige.*
1	6	Præotrium	Prætorum
4	17	reſcinduntur	deſcendunt
6	19	Dicis	Oſſius
8	6	nec	rei
9	1	Romanæ	Romana
11	18	Tract.	Pract.
15	29	Buiſens	Buſſieres
16	19	Tarquinius	Tarquinus
17	14	adverſum	adver.
17	18	Lactra	Laſtra
17	19	Clectio	Electio.
18	17	Lib.	Leg.
18	19	parariri	paratil.
20	3	ſubra	ſupra
26	14	Cap.	Leg.
26	17	intolligerentur	intelligerentur
28	36	Lib.	Leg.
29	24	Concl.	Cond.
30	14	Carloval	Carleval.
33	19	Mendora	Mendoſa
39	20	Gilquerius	Gilquenius
39	21	Picharrus	Pichardus.
48	8	110.	119.
54	11	placndi	placandi.
66	25	Philippus	Philippi
74	30	vnlgus	vulgus
76	17	delicti	Electi
76	26	veſana	meſana

Pagina.	*Linea.*	*Errata.*	*Corrige.*
77	8	verbi	verbi ſcio
80	28	Patricitarus	Patriciatus
81	27	principio	Principe
89	21	Bellag	Bella
95	26	obſervaram	obſervatum
95	36		de
96	2	Zoſius	Zaſius
97	7	figuretur	figuratur
98	19	Kalebantur	Kalabantur
98	33	Jns	Jus
99	6	ſeneſt	ſemeſt
99	33	ead.	eod.
104	33	primum	Principi
116	26	recompilat	recopilat
120	8	oxecpta	excepta
123	1	aunorum	annorum
144	13	Mmnumiſſis	Manumiſſis
153	15	nocebitis	nocebitis
154	19	Manumiſſionem	Mancipationem
156	16	deſtamentis	de teſtamentis
160	33	6	b
163	36	da	contra
164	31	Perſonas	Perſonas privatas
168	2	Solemnitates	Solutiones
175	25	dimidium	dimidiam
184	26	Mendola	Mendoſa
184	35	232	6
193	3	Illai	Illuſt. 3.
193	10	ſictitiæ	fictitiæ
217	1	ſolvendam	ſolvenda
232	23	Solorianus	Solorſanus
236	13	Judicis	Judicii
237	23	nno	uno
237	36	diſtinctionem	diffinitionem
245	7	intarvallum	intervallum
247	27	Canoiſte	Canoniſte

Pagina.	*Linea.*	*Errata.*	*Corrige.*
255	36	ſepeptem	ſeptem
257	30	Nergum	Nengu
260	27	15	is
261	13	Cavarruv	Covarruv.
268	9	præſcutibus	præſentibus
268	24	declar	deciſ.
268	29	Inſtt.	Interp.
270	2	Intervenieutibus	Intervenientibus
170	15	regatio	rogatio
270	16	roquirantur	requirantur
271	19	uti	ut
271	32	Trojanus.	Trajanus
283	32	reſtaret	Celaret
253	3	Grannanieto	Granyanieto
253	9	Grannaptieto	Granyanieto
294	22	Grannanieto	Granyanieto
255	6	Grannanieto	Granyanieto
256	3	Grannianieto	Granyanieto
256	26	Grannanieto	Granyanieto
257	7	Grannanieto	Granyanieto
258	10	Grannanieto	Granyanieto
298	15	Grannanieto	Granyanieto
299	14	Grannanieto	Granyanieto
304	28	redduntur	reddunt
7	18	Govcanus	Goveauns
10	15	forſtan	forſitan
30	34	illut	Illuſt.
33	28	Aloyſius	Aloyſius
34	18	Roſas	Rojas
34	22	D	P.
36	6	Glea	Olea
36	7	Aylen	Aylon
37	1	ſſ	L
33	23	ſelectione	relectione
47	3	conſtituta	conſtituta
47	9	Lib.	Leg.

Pagina.	*Linea.*	*Errata*	*Corrige.*
47	12	Parernis	Paternis
49	17	hamanas	humanas
51	33	Beatæ	Matris
34	40	Antonio	Antonino
58	2	Garival	Garivay
58	4	Pet.	Pat.
61	29	Bunieri	Buſſieres
86	26	Novoll	Novell
93	9	Hoſtotianum	Hoſtorianum.
93	24		3
96	33	Pipinianus	Papinianus
97	7	14	11
106	15	Gutterrez	Guttierrez
103	14	diſſer.	differ.
110	31	hæredib.	hæredum
112	16	latiene	latione
113	33	iniqnam	unquam
128	27	cognitionem	cognationem.
1	16	Qaâ	Qua
1	21	Quintiani	Quintiniani
7	18	Urſillus	Urſillum
10	20	quam	quam
27	9	inte	inter
23	3	loqunnrur	loquuntur
23	21	Inſtituiſtas	Inſtitutiſtas
34	14	manciparum	emancipatum
34	19	non	
39	26	explicant	explicatur
40	2		ib.
40	3		ib.
40	32	plii	filii.
45	33	hæreditat.	hæreditat.
33	9	libertas	libertus
57	3	emancipari	emancipati.

FINIS.

